

MARCO SCOLETTA\*

L'ABOLITIO CRIMINIS "PARZIALE" TRA VINCOLI  
COSTITUZIONALI E APORIE PROCESSUALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La successione temporale di norme incriminatrici: breve *excursus* della questione. – 3. I punti fermi fissati dalle Sezioni unite della cassazione. – 3.1. L'inaccettabilità della teoria del fatto concreto. – 3.2. L'adesione alla teoria strutturale della "doppia punibilità in astratto". – 3.3. Il perdurante ruolo (residuale ma decisivo) dei criteri valoriali. – 4. Vecchi e nuovi problemi di diritto sostanziale. – 4.1. Casi lineari e casi complessi: il problema della specialità bilaterale. – 4.2. Le diffuse derive valoriali nella giurisprudenza recente. – 4.3. La "normale" convergenza tra risultati strutturali e giudizi valoriali. – 4.4. La possibile "freddezza" del giudizio strutturale. – 4.5. Un caso paradigmatico: l'abrogazione della leva obbligatoria e la negazione degli effetti di *abolitio criminis*. – 4.6. La previsione di specifiche norme transitorie e i limiti di derogabilità delle regole intertemporali. – 5. L'*abolitio criminis* parziale nel vigente sistema processuale penale. – 5.1. *Abolitio criminis* parziale e adattamento dell'imputazione nei giudizi di merito. – 5.2. *Abolitio criminis* parziale e cristallizzazione del fatto nei giudizi di cassazione e di esecuzione. – 5.3. Il ribaltamento dell'impianto sistematico dell'art. 2 c.p. – 5.4. L'inadeguatezza del sistema processuale a recepire l'*abolitio criminis* parziale *post rem iudicatam*. – 5.5. Prospettive di razionalizzazione del sistema di accertamento degli effetti abolitivi.

1. Introduzione

Il cosiddetto "diritto penale intertemporale" è in questi anni al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale: se solo fino a poco tempo

---

\* Ricercatore di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano.

addietro si poteva lamentare – a parte poche sebbene importanti eccezioni<sup>1</sup> – un certo disinteresse della scienza penalistica rispetto a questioni invero dense di risvolti concreti nell'applicazione delle leggi penali<sup>2</sup>, oggi si può invece registrare una serie di contributi di approfondimento sistematico ed analitico sulla materia<sup>3</sup>, che sicuramente fanno luce, tematizzandoli adeguatamente, sui numerosi e complessi profili di problematicità attinenti al capitolo della “successione di leggi penali nel tempo”.

Molte delle questioni sul tappeto sono ancora discusse fra i cultori del diritto penale e non hanno trovato soluzioni stabili sul piano del recepimento giurisprudenziale: si pensi al problema, attualmente particolarmente *à la page*, della successione di norme integratrici (c.d. successione “mediata” di norme

---

<sup>1</sup> In particolare PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.; P. SIRACUSANO, *La successione di leggi penali*, I, Messina, 1988; PETRONE, *Abolitio criminis*, Milano, 1985; PODO, *Successione di leggi penali*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 643 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 1063 ss.; SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; più recentemente, cfr. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 82 ss.

<sup>2</sup> Cfr. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 1, che, sul tema, denunciava l'assenza di «un interesse adeguato alla sua importanza»; anche SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., p. 1, già notava come si trattasse di argomenti che «apparivano fino a qualche lustro fa destinati più ad essere inquadrati nella staticità del dato prevalentemente dogmatico che nel dinamismo di un argomento di frequente attuazione pratica»; in termini simili, P. SIRACUSANO, *La successione di leggi penali*, cit. p. 7 ss.

<sup>3</sup> Fra gli studi monografici, si veda soprattutto GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008; GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008; ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme incriminatrici*, Torino, 2006; si veda anche MASSI, *La fattispecie in divenire nella disciplina della legge penale nel tempo*, Torino, 2005; AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003; M. MUSCO, *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Milano, 2000; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, p. 120 ss.; fondamentali nel dibattito anche i saggi di M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1248 ss.; PULITANÒ, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1270 ss.; DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1240 ss.; ID., *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, ivi, 2003, p. 2857 ss.

penali)<sup>4</sup>, al rango e alla portata del principio di retroattività favorevole<sup>5</sup> e, an-

<sup>4</sup> La scottante attualità del dibattito è confermata da due recenti interventi delle Sezioni unite della Cassazione sul punto: Cass., Sez. un., 27 settembre 2007, Magera, in *Cass. pen.*, 2008, p. 909 ss. (relativa alla sorte dei reati commessi dai cittadini rumeni in qualità di “stranieri” conseguentemente all’ingresso della Romania nell’Unione Europea) e Cass., Sez. un., 15 maggio 2008, n. 19061, in *Corr. giur.*, 2009, p. 827 ss. (relativa ai reati commessi dai “piccoli imprenditori” conseguentemente al d.lgs. n. 5/2006 e del successivo d. lgs. n. 169/2007, che hanno modificato i requisiti di assoggettabilità di tali soggetti al fallimento); per un approfondimento dogmatico e sistematico della problematica, si vedano le ampie indagini di GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 236 ss. (dove anche la più completa rassegna ordinata della giurisprudenza in materia: p. 399 ss.) e di MICHELETTI, *Legge penale*, cit., p. 511 ss.; si veda anche, in un contesto più generale, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 228 ss. nonché il saggio di GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate di fattispecie incriminatrici al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2694 ss.; da ultimo, denunciando ancora l’incertezza giurisprudenziale nonostante le recenti pronunce delle Sezioni unite, AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3602 ss.

<sup>5</sup> La questione si è posta al centro del dibattito dottrinale soprattutto a seguito degli interventi, prima, della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, e, poi, della Corte Costituzionale con le sentenze n. 393 e n. 394 del 2006, n. 72 e n. 215 del 2008; da ultimo, si veda anche l’importante presa di posizione della C. eur. dir. uomo, sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; sul tema, nel dibattito dottrinale recente, si veda PECORELLA, *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; DELLI PRISCOLI-FIORENTIN, *La Corte costituzionale e il principi di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1181 ss.; MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, ivi, 2008, p. 1614 ss.; PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 946 ss.; ID., *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 198 ss.; GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2408 ss.; DE FLAMMINEIS, *Prescrizione e deroga al principio di retroattività della lex penalis mitior*, ivi, 2007, p. 2289 ss.; AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la «costituzionalizzazione» del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4106 ss.; ARDIZZONE, *Disciplina intertemporale della prescrizione dei reati e garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 863 ss.; DODARO, *Principio di retroattività favorevole e «termini più brevi» di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4116 ss.; ID., *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1135 ss.; MANES, *L’applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo multilevel*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 374 ss.; PELLIZZONE, *Il principio di retroattività delle norme penali in bonam partem*, ivi, p. 855 ss.; SCOLETTA, *Berlusconi y el principio de retroactividad de la ley penal mas favorable*, in *El Derecho penal del la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Arroyo Zapatero-Nieto Martin (ed.), Cuenca, 2007, p. 357 ss.

cora, al regime intertemporale delle leggi processuali penali <sup>6</sup> o a quello dei mutamenti degli orientamenti giurisprudenziali <sup>7</sup>.

Un tendenziale assestamento del dibattito e dei contrasti interpretativi sembra invece potersi finalmente registrare in merito alla spinosa problematica della “riformulazione” legislativa delle fattispecie penali, cioè della modifica ‘immediata’ di norme incriminatrici <sup>8</sup>: è la questione che interessa più direttamente le stagioni riformistiche della legislazione penale, che si sono incrementate negli ultimi anni e che sono destinate a riproporsi in futuro, alla luce delle forti istanze di adeguamento delle norme incriminatrici attualmente esistenti ai nuovi e cangianti bisogni di tutela.

Proprio la disciplina intertemporale della riformulazione delle fattispecie penali, positivamente dettata dall’art. 2 c.p., si era dimostrata, alla prova dell’esperienza applicativa, particolarmente malleabile ed incerta, più *veicolata* da esigenze contingenti e da valutazioni particolaristiche di opportunità (spesso

---

<sup>6</sup> Cfr., per tutti, MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, *passim*; sul tema si veda anche l’indagine di SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, spec. p. 161 ss.; ampiamente anche LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2008, p. 19 ss.

<sup>7</sup> La questione, da ultimo rimessa al giudizio della Sezioni unite, è stata decisa con la pronuncia del 21 gennaio 2010, Beschi, di cui si attendono le motivazioni; cfr., in relazione agli *input* della giurisprudenza sovranazionale, BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2202 ss.; approfonditamente, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, p. 198 ss.; GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia?*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Fiandaca, Padova, 1997, p. 146 ss.; RIONDATO, *Retroattività del mutamenti penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per la decisione del caso*, a cura di Vincenti, Padova, 2000, p. 83 ss.; per ampi riferimenti dottrinali, anche alla letteratura straniera, cfr. GATTA, *Abolito criminis*, cit., p. 7, nota n. 8.

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra modifiche mediate e immediate, oggi diffusamente recepita nella dottrina italiana, cfr. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali*, cit., p. 1356 s.; nonostante l’acuta critica mossa da GATTA, *Abolito criminis e successione di norme integratrici*, cit., p. 240 ss., tale distinzione terminologica può continuare ad essere convenzionalmente utilizzata, con la precisazione che, quando la norma extrapenale (o anche penale) richiamata dalla fattispecie incriminatrice risulta *effettivamente integratrice* del precetto (ad esempio nel caso delle norme penali in bianco e delle definizioni legali) si verifica un fenomeno intertemporale assolutamente analogo a quello della *successione immediata*, in quanto la modifica normativa incide appunto ‘immediatamente’ (sebbene indirettamente) sul perimetro del fatto tipico.

in un'ottica di economia processuale)<sup>9</sup> che non *vincolata* da solidi principi di diritto e da stringenti regole normative: emblematica, ad uno sguardo d'insieme, è la progressiva inversione del *trend* giurisprudenziale, che da un quasi generalizzato riconoscimento di "continuità normativa" tra le norme penali in successione ha lentamente virato nella direzione di un sempre più diffuso (sebbene rapsodico) riconoscimento della "discontinuità diacronica", con spazi sempre maggiori consegnati agli effetti iperretroattivi della *abolitio criminis*.

In tale contesto prasseologico, ulteriormente confuso in ragione di prese di posizioni dottrinali molteplici e sensibilmente divergenti, il punto di svolta è individuabile nella pronuncia delle Sezioni unite del 26 marzo 2003 n. 25887 (sentenza *Giordano*), che ha stabilito degli importanti 'punti fermi' nella materia ricomponendo un contrasto che imponeva una presa di posizione forte e, per quanto possibile, definitiva: la suprema Corte ha infatti indicato un ben determinato modello di definizione degli effetti intertemporali della successione di leggi penali e, soprattutto, ha tracciato i confini, fino ad allora piuttosto ambigui, della c.d. *abolitio criminis* "parziale".

A distanza ormai di qualche anno da tale fondamentale arresto giurisprudenziale, è opportuno tornare criticamente sul tema per verificare, in primo luogo, se la rotta indicata dalle Sezioni unite abbia effettivamente avuto un positivo seguito giurisprudenziale (ed individuare gli ostacoli che eventualmente si frappongono alla sua percorribilità) e, in secondo luogo, se le incertezze applicative e gli attriti con le garanzie della legalità penale – lucidamente stigmatizzati per il passato<sup>10</sup> – siano stati realmente appianati.

In questa prospettiva – lo anticipiamo sin da subito – sono anche (e soprattutto) i risvolti processuali dell'*abolitio criminis* parziale, fino ad ora sottovalutati nell'approccio della giurisprudenza e della dottrina al problema<sup>11</sup>, a perpetuare attualmente le tensioni con la legalità, tanto da rendere assolutamente necessari alcuni aggiustamenti del complessivo sistema penale di 'gestione'

---

<sup>9</sup> Sulle *rationes* politico-criminali alla base del carattere elastico della disciplina intertemporale nella prassi applicativa, si veda soprattutto MICHELETTI, *I nessi tra politica criminale e diritto intertemporale nello specchio della riforma dei reati societari*, in *Riv. trim. dir. pen. ecom.*, 2003, p. 1113 ss.

<sup>10</sup> Sui nessi tra la disciplina intertemporale del diritto penale e il principio di legalità, fondamentalmente PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., spec. p. 1292 ss.

<sup>11</sup> Ad eccezione delle acute riflessioni critiche di PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1290 s.; nonché ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 33 ss., che, dopo aver individuato i punti di frizione tra la disciplina sostanziale e quella processuale, denuncia «la difficoltà di un processo che deve inseguire le modifiche legislative della fattispecie condizionandone pesantemente l'efficacia» (p. 43).

delle modifiche delle fattispecie incriminatrici, di cui peraltro anche gli studiosi del diritto processuale penale dovrebbero iniziare a farsi carico <sup>12</sup>.

## 2. *La successione temporale di norme incriminatrici: breve excursus della questione*

La linearità della disciplina codicistica della successione di leggi penali nel tempo – articolata, come noto, nelle tre *regole* intertemporali della (i) *irretroattività* delle nuove incriminazioni (art. 2 comma 1 c.p.), della (ii) *retroattività illimitata* (o “iperretroattività”, i.e. oltre il giudicato) delle *abolitiones criminum* (art. 2 comma 2 c.p.) e della (iii) *retroattività limitata* (dal giudicato) delle successioni modificative di leggi penali (art. 2 comma 4 c.p.) – è risultata, nell’esperienza giurisprudenziale, più apparente che reale: se pochi problemi si sono posti in relazione all’introduzione di fattispecie di reato completamente nuove (irretroattive) <sup>13</sup> o all’abrogazione ‘secca’ di figure criminose preesistenti (illimitatamente retroattive) <sup>14</sup>, una progressiva problematicità ha invece contraddistinto le ipotesi riconducibili proprio alla c.d. “riformulazione” del reato, cioè alla «modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice» <sup>15</sup>. Questa tipologia di interventi normativi, che comportano una ridefinizione formale dei limiti di rilevanza penale del fatto tipico (e non incidono solo sui profili sanzionatori e di disciplina della fattispecie astratta), non possono essere inquadrati (solo) nel fenomeno della ‘successione modificativa’ (secondo

<sup>12</sup> In questa prospettiva, di necessario adeguamento delle regole processuali all’evoluzione degli istituti sostanziali, è stata importante e precursoria, proprio in materia di *abolitio criminis* (in relazione al conseguente, doveroso riconoscimento della sospensione condizionale della pena anche in fase esecutiva), l’indicazione del Maestro che qui onoriamo (cfr. PISANI, *Abolitio criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2177 ss.) che ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza delle Sezioni unite: cfr. Cass., Sez. un., 6 febbraio 2006, n. 4687, in *Giur. it.*, 2006, p. 729 ss.; da ultimo, si veda tuttavia l’approfondita analisi di VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, spec. p. 190 ss.

<sup>13</sup> Salvo che non siano inquadrabili nel modello della c.d. specialità “per innesto”, tipizzando fatti già rientranti nell’area di tipicità di una fattispecie generale preesistente: cfr. PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1366; GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 167 s.; GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 198 ss.

<sup>14</sup> Salvo che non siano inquadrabili nel modello della *abrogatio sine abolitio*, cioè non comportino la conseguente espansione normativa di una fattispecie già esistente: su questo fenomeno successorio si veda *infra*.

<sup>15</sup> Riprendendo l’efficace locuzione che costituisce il ‘sottotitolo’ dello studio di PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1354.



una concezione diffusa in passato) e quindi sottoposti alla disciplina dell'art. 2, terzo e quarto comma c.p.; invero, nella misura in cui le fattispecie riformulate *ampliano* l'area del penalmente rilevante rispetto al passato, attribuendo rilevanza a fatti fino a quel momento penalmente leciti, oppure la *restringono*, rendendo irrilevanti condotte fino ad allora tipiche, sono logicamente riconducibili *anche* ai fenomeni di nuova incriminazione e di *abolitio criminis*<sup>16</sup>. Tuttavia, secondo un insegnamento ormai consolidato, le riformulazioni legislative delle fattispecie incriminatrici possono in realtà tipizzare – pur mantenendo il medesimo *nomen juris* della figura di reato – condotte assolutamente eterogenee rispetto a quelle originarie e porsi con esse in rapporto di completa “discontinuità”, realizzando una *abolitio criminis* “totale” con contestuale nuova incriminazione<sup>17</sup>: in questi casi, la successione (modificativa) di norme penali sarebbe solo ‘apparente’, poiché si produrrebbero effetti abolitivi (a retroattività illimitata) di *tutti* i fatti precedentemente commessi e nessun effetto proprio della successione ‘in senso stretto’ (cioè quella modificativa) che perpetui in qualche modo l'efficacia nel tempo della norma penale originaria. La questione che ha diviso dottrina e giurisprudenza negli ultimi lustri è stata proprio quella della corretta e precisa definizione degli effetti di *abolitio criminis* conseguenti alle diverse modalità di riformulazione delle fattispecie incriminatrici.

La problematicità del tema è emersa piuttosto recentemente: sostanzialmente da quando, dall'inizio degli anni Novanta, il nostro ordinamento penale ha inaugurato un periodo riformista in cui il processo di ‘aggiornamento’ del sistema non è avvenuto solo attraverso l'inserimento di nuove incriminazioni, volte a fronteggiare esigenze di tutela innovative, o con la mera eliminazione di anacronistiche fattispecie preesistenti, ma soprattutto attraverso una produzione legislativa di ‘svecchiamento’ di norme incriminatrici già consolidate, per meglio adeguarle alle istanze di tutela riconsiderate alla luce dell'esperienza applicativa del passato: proprio l'*humus* che il pionieristico studio di *Tullio Padovani* aveva indicato come il più fertile per il proporsi dei problemi intertemporali dell'art. 2 c.p. fino ad allora quiescenti<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> In questo senso si veda, per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 270; molto chiare sul punto le precisazioni della recente Cass., Sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4118 ss.

<sup>17</sup> Cfr. PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1355; P. SIRACUSANO, *La successione di leggi penali*, cit. p. 31 s., che individua «illeciti penali nuovi *stricto sensu*» sotto le spoglie di apparenti “sostituzioni” di previgenti ipotesi criminose (e *ivi*, p. 34, riferimenti esemplificativi anche nella legislazione tedesca).

<sup>18</sup> Si veda PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1354 s.; in termini simili anche PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1270 ss.

Esemplari al riguardo le tre riforme che hanno investito rispettivamente i ‘sottosistemi’ dei reati contro la Pubblica Amministrazione (1990 e 1997), dei reati tributari (2000) e, soprattutto, dei reati societari (2002), i cui profili di diritto intertemporale sono stati oggetto di aspri contrasti giurisprudenziali in ogni grado di giudizio. Né il ripetuto intervento nomofilattico per eccellenza, quello delle Sezioni unite della Cassazione, puntualmente chiamate a dirimere il contrasto interpretativo sulla definizione degli effetti di *abolitio criminis*, ha impedito che i problemi di diritto intertemporale si ripresentassero, sostanzialmente negli stessi termini, in relazione alla successiva riformulazione normativa: dal 1990 ad oggi si possono contare almeno otto pronunce delle Sezioni unite che hanno affrontato direttamente <sup>19</sup> la tematica della riformulazione di fattispecie penali.

In estrema sintesi, è possibile raggruppare la congerie di teorie elaborate in dottrina ed altalenamente adottate dalla giurisprudenza per risolvere i problemi della successione temporale di norme incriminatrici, attorno a tre paradigmi metodologici fondamentali:

(i) un paradigma *storico-fattuale*, che trova la principale espressione nella cosiddetta teoria *del fatto concreto* <sup>20</sup> e muove da un approccio intuitivo al

---

<sup>19</sup> In successione cronologica (tenendo conto solo della problematica inerente la successione “immediata” qui in esame): Cass., Sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, in *Foro it.*, 1990, II, c. 637, sulla prima riforma dell’abuso d’ufficio; Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, in *Foro it.*, 2001, II, c. 143 e Cass., Sez. un., 13 dicembre 2000, Sagone, in *Foro it.*, 2001, II, c. 141, in tema di reati tributari; Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2818, sull’abrogazione dell’oltraggio; Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, Donatelli, in *Cass. pen.*, 2002, p. 502, in materia di extracomunitari; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Turina, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1293, in tema di tutela delle acque; Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3323 ss., sulle false comunicazioni sociali e la bancarotta societaria; a queste pronunce, da ultimo, bisogna aggiungere la già richiamata Cass., Sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, cit., in tema di bancarotta societaria e abrogazione dell’amministrazione controllata. In almeno altre quattro occasioni le Sezioni unite si sono pronunciate *per incidens* sul tema: Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, de Bortoli, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2818 e Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, Gambacorta, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2820, in tema di sostanze stupefacenti; Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, Carpanelli, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2428, in tema di criminalità informatica; Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, Depaoli, in *Cass. pen.*, 1994, p. 45, in tema di furto venatorio.

<sup>20</sup> Nella dottrina italiana, questa teoria è tradizionalmente associata alla tesi di PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, cit., c. 1, sebbene la posizione di questo Autore sia in realtà più complessa (e più correttamente inquadrabile nel paradigma *teleologico-valutativo* di approccio al problema), come peraltro emerge recentemente in PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, VIII ed., 2003, p. 118 ss.; a tale



problema della successione di leggi penali: un fatto concreto perde la rilevanza penale originaria quando non costituisce più reato in base alla nuova formulazione normativa della fattispecie incriminatrice; considerazione limpidamente sintetizzata nella formula «prima punibile, dopo punibile, quindi punibile». Tale modello non imposta pertanto i termini del problema della successione di leggi penali sul piano *generale e astratto* del confronto formale fra fattispecie penali, bensì sul piano *particolare* del singolo fatto concreto: non si valuta la continuità normativa fra i ‘tipi’ (le “fattispecie legali astratte”) in successione, ma la perdurante rilevanza penale di uno specifico fatto storico. La semplicità logica e la capacità euristica rendono apprezzabile questo approccio ai problemi della successione di leggi penali, perché immediatamente rispondente al ‘senso comune’ di giustizia, nonché funzionale alle più immediate esigenze dell’accertamento giudiziario<sup>21</sup>;

(ii) un paradigma *sostanziale-valutativo*, che fonda il giudizio di continuità normativa su considerazioni ‘di valore’ della modifica legislativa ed ha la propria matrice idealtipica nella teoria tedesca della “continuità del tipo di illecito”: è necessario verificare se, nel ‘passaggio’ da una formulazione normativa all’altra, «il nocciolo di illecito sia essenzialmente lo stesso»<sup>22</sup>. A tal fine

---

impostazione aderisce sostanzialmente PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 407 ss.; alla teoria del fatto concreto può essere sicuramente ascritta la posizione VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, p. 335 ss.; RAMPIONI, *L’abuso d’ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, Torino, 1993, p. 126; di recente, tale approccio è stato riproposto da IACOVIELLO, *Bancarotta fraudolenta e successione di leggi*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 616 s. e da MASSI, *La fattispecie in divenire*, cit., p. 28 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 282; sebbene in un contesto più articolato, attribuiva rilevanza *decisiva* al fatto concreto anche C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993, p. 84 ss.; a questo paradigma, sebbene con taluni correttivi di carattere essenzialmente processuale, è inquadrabile anche la teoria del “persistente fatto illecito” sviluppata da B. ROMANO, *Il rapporto tra norme*, cit., p. 88 ss.; per una sintesi delle singole impostazioni, cfr. GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 81 ss.; per una dettagliata ricostruzione dell’elaborazione della teoria del fatto concreto nella dottrina tedesca, cfr. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 218 ss.

<sup>21</sup> Ne riconoscono tale pregio, pur non aderendo a questo orientamento, DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1264; M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1254 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 87, che sembra aderire a tale teoria («sul piano pratico ben utilizzabile è il criterio del “caso concreto”») ma in realtà entro ben precisi limiti “strutturali”.

<sup>22</sup> In questi termini la riporta PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1360 s., riprendendo le testuali espressioni di TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, in *Einheit und Vielhaft des Strafrechts*, 1974, p. 104; ora, per più recenti e ampi riferimenti alla dot-

sono valorizzati i parametri del ‘bene giuridico’ e della ‘modalità di condotta’: un mutamento dell’oggettività giuridica o una descrizione della condotta in termini sostanzialmente diversi rispetto al passato potrebbe infatti integrare il ‘binomio di rottura’ *abolitio criminis* totale/nuova incriminazione.

Nel panorama dottrinale italiano, questa impostazione ha incontrato un consenso dottrinale autorevole ma inizialmente isolato, che ha espressamente recepito la teoria della continuità del tipo di illecito ancorandola al concetto di «disvalore astratto», nel senso che la «la diversa valutazione di liceità quale eliminazione del giudizio di disvalore dato dall’ordinamento» è carattere proprio delle ipotesi di *abolitio criminis*, mentre è estranea alla successione modificativa in cui, viceversa, ci si muove in un’area di «illiceità sostanzialmente corrispondente a quella precedente»<sup>23</sup>.

Nonostante la limitata adesione ‘esplicita’ al modello valoriale della continuità del tipo di illecito, se si guarda alla struttura del giudizio di continuità superando le etichette linguistiche e formali, si può constatare come tale schema metodologico caratterizzasse – quantomeno fino alla sentenza *Gior-dano* del 2003 – l’approccio dottrinale concretamente più diffuso ai problemi della riformulazione delle fattispecie penali<sup>24</sup> e, soprattutto, l’impostazione

---

trina e alla casistica tedesca, si veda soprattutto GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 202 ss.; AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 65 ss.; nonché M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale*, cit., p. 1251, nota n. 5.

<sup>23</sup> Cfr. M. ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative*, cit., p. 1253 ss.; in termini molto simili all’elaborazione originale della teoria, anche L.D. CERQUA, *L’abolizione del principio di ultrattività delle disposizioni penali finanziarie e l’eredità dei vecchi reati tributari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 825; di recente ancora ZAZA, *Successione di norme penali: la rilevanza dell’oggetto giuridico nei reati in materia economica e finanziaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 187 ss.

<sup>24</sup> Cfr. ad esempio, in relazione alla riformulazione del delitto di false comunicazioni sociali, LOZZI, *Successione di leggi penali e nuovo falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 987 s.; LANZI, *Ma la creazione di nuovi delitti nega l’elemento della continuità*, in *Guida dir.*, 2002, n. 19, p. 86; MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 695; R. BETTIOL, *Nuovo falso in bilancio e nuovo art. 223 della legge fallimentare. Disciplina transitoria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 653; DISETTI-BERGAMASCHI, *Continuità del reato di false comunicazioni sociali e revoca della sentenza di condanna*, in *Le Società*, 2004, p. 175 ss.; CUPELLI, *Le nuove false comunicazioni sociali all’esame di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3384 ss.; RESTA, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali: diritto intertemporale e paradigmi ermeneutici*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1266 s. e p. 1283; al paradigma valutativo, a ben vedere, deve essere ascritta anche la teoria del c.d. “concreto fatto illecito” elaborata da PAGLIARO, *La legge penale*, cit., c. 4 e ID., *Principi di diritto penale*, cit., p. 118 s., come “correttiva” di alcune «marginali improprietà» della teoria del fatto concreto: l’illustre Autore, infatti,

*assolutamente dominante* nella nostra giurisprudenza di legittimità e di merito, senza eccezione per l'orientamento più volte espresso dalle Sezioni unite della Cassazione<sup>25</sup>. La prospettiva di fondo risultava essere in ogni caso quella teleologica, incentrata su apprezzamenti prettamente valoriali, chiaramente ribadita attraverso il riferimento – ormai diventato topico nelle argomentazioni delle nostre Corti – al «nesso di continuità ed omogeneità»<sup>26</sup>, alla «intima essenza dell'illecito»<sup>27</sup>, alla «persistenza del giudizio di disvalore astratto» o al «significato lesivo del fatto storico (...) nel suo nucleo essenziale»<sup>28</sup>: tutte formule lessicali che non costituiscono altro che mere parafrasi concettuali della «continuità del tipo illecito». Anche quando, in giurisprudenza come in dottrina, veniva effettivamente sviluppato il confronto strutturale tra le fattispecie incriminatrici in successione temporale e gli elementi tipici differenziali venivano correttamente inquadrati nella logica relazionale del rapporto di specialità, il risultato dell'analisi strutturale si inseriva comunque nel contesto di un giudizio sincretistico di tipo valoriale, in cui la valutazione della continuità normativa veniva ricondotta a considerazioni strettamente legate alla continuità della linea politico-criminale di tutela<sup>29</sup>.

---

definendo il «concreto fatto illecito» come «condotta illecita, o come una sua porzione, nella quale si fondino le ragioni stesse della illiceità penale», iscrive la propria posizione in una logica chiaramente *valoriale*.

<sup>25</sup> Come osservano già MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta cagionata tramite reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 717; PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1281 s.; LOZZI, *Successione di leggi penali*, cit., p. 983, nota n. 23; S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali nel tempo ed area comune di illiceità: questione teorica e riflessi applicativi in tema di false comunicazioni sociali*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1056.

<sup>26</sup> Questa espressione – sintomatica della strettissima parentela con la teoria base della continuità del tipo di illecito – è la formula giurisprudenziale più diffusa per indicare l'essenza del rapporto di continuità normativa: cfr., limitando i riferimenti alle decisioni pronunciate a sezioni unite, Cass., Sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, cit., p. 637; Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., c. 143; Cass., Sez. un., 13 dicembre 2000, Sagone, cit., c. 141; Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, Donatelli, cit., p. 502; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Turina, cit., p. 1293.

<sup>27</sup> Così testualmente, ancora Cass., Sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, cit., c. 644 ss.

<sup>28</sup> Così ancora Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., c. 143; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Turina, cit., p. 1296.

<sup>29</sup> Sul decisivo valore della *rationes* politico criminali per la definizione degli effetti intertemporali, si vedano ancora le chiare affermazioni di Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Turina, cit., p. 1299, secondo la quale «la diversità della *ratio* incriminatrice (...) non è stata colta a sufficienza, pur essendo decisamente determinante»; espliciti riferimenti alla *ratio* anche in Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, Donatelli, cit., p. 502, che afferma di raccogliere i «principi generali» delle precedenti pronunce delle Sezioni unite «che consistono

Le peculiarità più rilevanti di tale approccio – nella sua versione originaria – si rinvenivano tuttavia sotto il profilo della concreta definizione degli effetti intertemporali; la teoria in esame, ragionando “per tipi penali”, normalmente non riconosceva la possibilità che gli effetti abolitivi conseguenti alla riformulazione normativa potessero avere una dimensione solo “parziale”: un nuovo “tipo di illecito” o si pone in rapporto di *complessiva continuità* con quello originario e sostituito, da cui non conseguirebbe pertanto alcun effetto di *abolitio criminis*, oppure in rapporto di *complessiva discontinuità* col passato, da cui deriverebbero effetti di totale *abolitio criminis* per il passato.

Nella più recente e raffinata sistematizzazione dottrinale dell’approccio valutativo, il giudizio di continuità normativa è invece articolato in due fasi distinte<sup>30</sup>: nella *prima fase* la valutazione è condotta sul piano rigorosamente “strutturale”, funzionale ad individuare, sul piano astratto della tipicità normativa, la sussistenza di un rapporto di genere a specie tra le norme penali in successione e, quindi, la sussistenza di una almeno “parziale” continuità normativa (in relazione alla porzione di tipicità ‘speciale’ e conseguentemente ‘comune’ ad entrambe le fattispecie); nella *seconda fase* interviene la valutazione “valoriale” della nuova fattispecie incriminatrice, funzionale a verificare la (eventuale) totale discontinuità legislativa rispetto al passato, attraverso una serie di parametri sistematici che potrebbero essere espressivi di una radicale ‘inversione di rotta’ politico-criminale;

(iii) un paradigma *logico-strutturale*, che ritaglia *esclusivamente* sul piano astratto e formale della tipicità il perimetro della continuità normativa. A tale approccio è ascrivibile anzitutto la teoria della “specialità strutturale” (o della “continenza”), secondo cui tra le norme penali in successione diacronica sussisterebbe sempre un rapporto di continuità qualora esse si pongano in rapporto reciproco ‘di genere a specie’<sup>31</sup>. In particolare, qualora la successione norma-

---

nella opzione per un criterio ermeneutico di ordine teleologico-sistematico»; cfr. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 147, che evoca icasticamente l’immagine di una «struttura solida ma flessibile».

<sup>30</sup> Cfr. DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1263 ss.; ID., *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2857; a tale impostazione sostanzialmente aderisce, sebbene approfondendo le dinamiche del confronto strutturale, GAMBARDILLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 232 s.; un approccio molto simile è seguito anche da S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 1076.

<sup>31</sup> Nella dottrina italiana questo orientamento è riconducibile all’impostazione di PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., *passim*; una convinta adesione e un approfondito sviluppo in PULITANO, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1281 ss.; rigorosamente strutturale anche

tiva avvenga da una norma speciale ad una norma generale, si avranno effetti di *totale continuità*, poiché l'area tipica originaria è completamente ricompresa in quella (generale) sopravvenuta: i fatti pregressi saranno pertanto disciplinati secondo la disciplina sanzionatoria più favorevole (*ex art. 2, terzo e quarto comma*); qualora invece la successione intercorra da una fattispecie generale ad una fattispecie speciale, la continuità normativa sarà solo *parziale*, cioè limitata ai fatti selezionati dai nuovi elementi tipici specializzanti; "parziale" sarà correlativamente anche l'*abolitio criminis*, che abbraccerà la classe dei fatti non selezionati sul piano normativo (in quanto non sussumibili nella nuova fattispecie speciale). Effetti di *abolitio criminis* "totale" si verificheranno, invece, nei casi in cui il rapporto strutturale tra le fattispecie in successione sia di mera 'interferenza', cioè quando *ciascuna* norma sia caratterizzata da elementi costitutivi autonomi e reciprocamente eterogenei, che impediscono di inquadrare la relazione tra le due figure nello schema logico della specialità normativa.

Al paradigma logico-strutturale possono essere peraltro ascritte – nella misura in cui risolvono il problema sul piano del mero confronto formale tra le fattispecie legali in successione temporale – anche alcune teorie dette "radicali" in ragione della definizione degli effetti abolitivi: in primo luogo, quella che riconosce esiti di *abolitio criminis* "totale" in tutti i casi di riformulazione specializzante della fattispecie incriminatrice<sup>32</sup>; in secondo luogo, la tesi che limita la continuità normativa (con effetti abolitivi solo parziali) alla sola relazione di specialità "per specificazione", rinvenendo invece una totale discontinuità nelle ipotesi di specialità "per aggiunta"<sup>33</sup>.

---

l'impostazione di MICHELETTI, *La continuità intertemporale*, cit., p. 719 s.; nella manualistica, da subito, soprattutto F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 85 s.; a ben vedere – nonostante l'apparente adesione alla teoria del fatto concreto – anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Milano, 1999, p. 124.

<sup>32</sup> A tali risultati, sebbene sulla base di argomentazioni diverse, giungono AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 224 e 231 s.; M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, cit., p. 102 s.; PREZIOSI, *La riforma della fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 178 ss.; all'impostazione radicale pare dovesse ascriversi anche la posizione originaria di PODO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 643 ss., sebbene successivamente, ID., *Successione di leggi penali*, in *Appendice al Novissimo dig.*, VII, Torino, 1987, p. 611 ss., l'Autrice sembra aver precisato la propria posizione aderendo implicitamente alla teoria della specialità.

<sup>33</sup> Cfr. NAPPI, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1061; DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 533; già in precedenza, per una valorizzazione di tale profilo, si veda SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., p. 7; nella giurisprudenza si veda soprattutto Cass., Sez. V, 16 ottobre 2002,

### 3. I punti fermi fissati dalle Sezioni unite della cassazione

In occasione della riforma dei reati societari il contrasto interpretativo – in relazione alla riformulazione delle fattispecie di false comunicazioni sociali e di bancarotta societaria – ha raggiunto il livello più acuto, raggiungendo una situazione di vero «*caos giurisprudenziale*»<sup>34</sup>. Preoccupanti, soprattutto, i riflessi sul rispetto del principio di uguaglianza, derivanti dal diverso e imprevedibile trattamento riservato, nell'applicazione giurisprudenziale, a fatti storicamente identici: un *medesimo fatto* (originariamente) tipico mentre in alcuni casi veniva considerato ormai penalmente irrilevante (in quanto «non più previsto dalla legge come reato» dalla nuova), in altri casi continuava l'*iter* processuale o vedeva confermata la sentenza di condanna già pronunciata (in quanto la nuova fattispecie era considerata in rapporto di «continuità normativa» rispetto al passato).

È in questo contesto che l'ennesimo, inevitabile intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2003 (la già menzionata sentenza *Giordano*) ha finalmente affrontato la questione in modo netto ed analitico, evitando gli incerti approdi sincretistici del passato e fornendo una soluzione che appare piuttosto univoca<sup>35</sup>. Indubbiamente, il proficuo dibattito dottrinale, che sul tema si è instaurato parallelamente all'insorgere dei problemi applicativi, ha costituito, allora, la solida base teorica a sostegno delle argomentazioni delle Sezioni unite e fornisce, oggi, gli strumenti attraverso i quali è possibile, da una parte, valutare la coerenza sistematica dell'attuale approdo giurisprudenziale e, dall'altra, valutarne la compatibilità con i principi costituzionali che vengono in gioco.

---

Tosetti (e Benzi), in *Cass. pen.*, 2003, p. 82; nello stesso senso, nelle pronunce di merito, Trib. Avezano, 16 settembre 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2448; Trib. Piacenza, 19 marzo 2003, n. 178, in *Riv. pen.*, 2003, p. 651.

<sup>34</sup> Sul concetto di «caos giurisprudenziale» cfr. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.

<sup>35</sup> Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, *Giordano*, cit., con nota di PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni unite*, ivi, p. 3328 ss.; anche in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, con nota di C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?*, p. 1518 ss.; in *Guida dir.*, 2003, n. 26, con nota di BRICCHETTI, *Prevale l'approccio strutturale imperniato sul principio di specialità*, p. 72 ss.; in *Dir. prat. soc.*, 2003, n. 8, con nota di LANZI, *Per le Sezioni Unite il vecchio falso in bilancio resta reato*, p. 6 ss.; in *Foro it.*, 2003, II, con nota di TESAURO-NICOSIA, c. 586 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2004, con nota di M. LA ROSA, *Successione di leggi penali: il 'caso' della bancarotta fraudolenta impropria*, p. 446 ss.; in *Le Società*, 2003, con nota di FRACCHIA, *False comunicazioni sociali e bancarotta impropria*, p. 1624 ss.; sulla sentenza si vedano anche le ampie riflessioni di ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 134 ss.; AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 160 ss.



### 3.1. *L'inaccettabilità della teoria del fatto concreto*

In primo luogo, le Sezioni unite sgombrano il campo dalla facile sua-denza dell'adesione alla teoria del *fatto concreto*: la intuitiva funzionalità di tale approccio alla individuazione di una possibile *abolitio criminis* del caso specifico può sottilmente mascherare intollerabili effetti di *applicazione retro-attiva* della nuova norma incriminatrice, consentendo di continuare a punire un fatto concreto sulla base di elementi tipici eterogenei rispetto a quelli posti a fondamento della tipicità originaria e quindi rilevanti al momento del «fatto commesso»<sup>36</sup>.

In sostanza il «fatto» – come secondo polo del doppio confronto di puni-bilità in concreto – è considerato, nella tradizionale formulazione della teoria del fatto concreto, nella sua materiale e complessiva realizzazione ‘storica’; ciò vuol dire che il “fatto concreto” confrontato con la *fattispecie originaria* può essere ‘diverso’ dal “fatto concreto” confrontato con la *fattispecie riformulata*, perché entrambi costituiscono ‘porzioni’ del medesimo “fatto storico”. Diventa allora possibile adattare il “fatto” (in quanto fatto storico) alla nuova ed even-tualmente eterogenea struttura tipica della fattispecie penale: in questo modo, valorizzando *elementi diversi* del fatto storico nei due momenti del confronto di tipicità (c.d. «mediazione del fatto concreto»<sup>37</sup>), si possono mettere ‘in succes-sione’, da una parte, fatti concreti che al momento della loro commissione non erano ‘in sé’ penalmente rilevanti e, dall'altra, fatti concreti che invece hanno perso la rilevanza penale originaria. Ciò integrerebbe una *doppia violazione dell'art. 2 c. p.*: sia del secondo comma, perché non si riconoscerebbero gli effetti iperretroattivi propri di *abolitio criminis* in relazione al fatto originario, sia del primo comma (e dell'art. 25 Cost.), perché si farebbe sostanzialmente

---

<sup>36</sup> Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, cit.; tali decisivi rilievi critici erano stati mos-si già da tempo dalla dottrina più autorevole sul tema: cfr. PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1359 s.; P. SIRACUSANO, *La successione di leggi penali*, cit. p. 32; FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro it.*, 1990, II, c. 644; SEVERINO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 5; nonché, più recentemente, tra gli altri, PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Padova, 1999, p. 323; PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 128; GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 219 ss.

<sup>37</sup> Sull'inaccettabilità di questo espediente metodologico, si veda PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1359 s. e 1369 s.; nello stesso senso anche P. SIRACUSANO, *La successione di leggi penali*, cit. p. 31 s.

retroagire una nuova fattispecie incriminatrice che tipizza un fatto prima non previsto dalla legge come reato<sup>38</sup>.

Bisogna peraltro aggiungere come ai medesimi rischi di violazione del principio costituzionale di irretroattività sfavorevole si esponga anche la teoria della “continuità del tipo di illecito”, quantomeno nella sua formulazione classica: secondo questo approccio metodologico, infatti, la verifica *in concreto* della persistente rilevanza penale del fatto ancora *sub iudice*<sup>39</sup> – sebbene svolta solo dopo la valutazione *in astratto* della complessiva continuità normativa tra i “tipi” in successione<sup>40</sup> – dovrà essere condotta necessariamente secondo lo schema euristico della teoria della doppia punibilità del fatto concreto, così nuovamente incappando – in base a quanto sopra illustrato – nella potenziale applicazione retroattiva della nuova fattispecie incriminatrice<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Per concretizzare i possibili esiti di retroattività penale, la Cassazione sottolinea come l'utilizzo del paradigma storico-concreto in relazione a vicende intertemporali oggetto di precedenti interventi delle Sezioni unite – pronunciate nel senso della totale discontinuità – avrebbe potenzialmente consentito di continuare a punire un soggetto mettendo in successione due fatti “strutturalmente eterogenei”; ad esempio, nel caso della riformulazione dei reati tributari (cfr. Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., c. 143): *prima* punibile per la «utilizzazione di fatture per operazione inesistenti»; *dopo* punibile per «dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture per operazioni inesistenti»; *quindi* punibile, benché la condotta originariamente tipica descrivesse un «antefatto meramente strumentale e prodromico» rispetto al nuovo fatto penalmente rilevante; parimenti, nel caso della occupazione di lavoratori stranieri (cfr. Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, Donatelli, cit., p. 502), la valorizzazione elementi di fatto diversi (la mancanza di autorizzazione al lavoro) da quelli che fondavano la tipicità originaria (la mancanza di permesso di soggiorno) avrebbe surrettiziamente legittimato l'applicazione retroattiva di una fattispecie eterogenea rispetto a quella sostituita.

<sup>39</sup> Una volta riconosciuta la continuità normativa tra le fattispecie in successione, la disciplina intertemporale applicabile sarà esclusivamente quella della “successione modificativa” delle leggi penali (art. 2, terzo e quarto comma c.p.): tutte le sentenze di condanna passate in giudicato rimangono pertanto irrevocabili (in forza della persistenza del nucleo di disvalore del fatto e indipendentemente da qualsiasi valutazione del fatto concreto), mentre i fatti ancora *sub iudice* potranno essere ritenuti in concreto non punibili, ma non in forza di una *abolitio criminis* (ex art. 2, primo comma c.p.), bensì in applicazione della legge più favorevole al reo (ex art. 2, quarto comma c.p.).

<sup>40</sup> Che può essere riconosciuta anche tra norme strutturalmente eterogenee, nella misura in cui “il nocciolo dell'illecito” sia ritenuto essere il medesimo: v. *supra* nel testo.

<sup>41</sup> Ne denunciava acutamente la potenziale violazione già PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1362, secondo il quale «quando, muovendo da due fattispecie diverse, si ammette la loro continuità in termini sostanziali, nonostante la presenza nella successiva di elementi eterogenei rispetto alla precedente, si rischia infatti di fondare la persistenza della previsione tipica soltanto sulla rilevanza attuale di requisiti di fatto che erano tuttavia

L'attuale *intollerabilità costituzionale* di questo modello di disciplina della successione di leggi incriminatrici deriva, peraltro, non tanto dal "sovravvenuto" recepimento nella Costituzione repubblicana del principio di irretroattività della legge penale<sup>42</sup> (i cui fondamentali postulati logici, d'altra parte, sono immanenti al diritto penale 'classico' ed erano riconosciuti come tali anche precedentemente alla positivizzazione del principio nell'art. 25, comma 2, Cost.<sup>43</sup>), quanto dal consolidamento dogmatico del "principio di tipicità", che identifica il *fatto di reato* con l'insieme di *tutti gli elementi costitutivi* che ne determinano la rilevanza penale<sup>44</sup> e non con il "nucleo" del fatto nel quale sia eventualmente condensata la valutazione di illiceità della condotta<sup>45</sup>. *Tutti* gli elementi tipici formalizzati nella fattispecie primaria sono infatti *essenziali* nella definizione del giudizio di rilevanza penale del fatto concreto: non esiste

---

irrilevanti per la disposizione precedente»; nello stesso senso SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., p. 5.

<sup>42</sup> Così invece GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 98 ss.

<sup>43</sup> Sulle origini storiche e l'evoluzione del principio di irretroattività della legge penale, cfr. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, Roma, 1915, p. 27 ss.; VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 495 ss.; SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., p. 72 ss.; GROTTANELLI DÈ SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 17 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 1063 ss.; M. LEONE, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale*, in *Giur. it.*, 1982, II, c. 261 ss.

<sup>44</sup> Definitiva, nella dottrina italiana, la lezione di DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1982; nella letteratura italiana, sul ruolo della tipicità nella teoria del reato, si veda MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; da ultimo, CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova, 2009; con specifico riferimento al rapporto della tipicità con i problemi di diritto intertemporale, un'approfondita analisi è svolta da ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 169 ss.

<sup>45</sup> In questo senso, invece, PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 623 ss.; ID., *Principi di diritto penale*, cit., p. 259 ss., la cui teoria sulla successione di leggi penali (c.d. criterio del "concreto fatto illecito") non a caso è probabilmente la più aderente alla matrice originaria della continuità del tipo di illecito: nella misura in cui il «concreto fatto illecito» è definito come un'entità non formalizzata ma "sostanziale" - cioè «quel tanto di condotta (...) che appunta in sé, anche in parte, la funzione preventiva dell'ordinamento» (ID., *La legge penale*, cit., c. 4) atteggiandosi come «il vero portatore dell'illecito» (*ibidem*, c. 6) - l'individuazione della sua "persistenza" nella riformulazione normativa pone esattamente gli stessi problemi che rendono difficile rintracciare il "nucleo comune" alla base della "continuità del tipo di illecito".

un nucleo fattuale che sia il “vero portatore dell’illecito” e rispetto al quale gli altri elementi descrittivi svolgano una mera funzione accessoria o accidentale, irrilevante nella definizione del tipo penale di illecito. È proprio questa concezione del fatto di reato, oggi assolutamente dominante nella dogmatica penalistica, che pone i potenziali risultati della teoria del “fatto concreto” (nonché quelli della “continuità del tipo di illecito”) in diretto ed insanabile contrasto con il principio di irretroattività della legge penale.

### 3.2. *L’adesione alla teoria strutturale della “doppia punibilità in astratto”*

L’approccio metodologico che – secondo la sentenza *Giordano* – assicura il puntuale rispetto del principio di irretroattività e delle regole positivizzate dall’art. 2 c.p. è quello basato sul confronto logico-strutturale tra le fattispecie astratte in successione diacronica: è il piano rigido della tipicità penale che meglio scolpisce e delimita il giudizio di continuità (o di discontinuità) normativa. In questa prospettiva, si avranno effetti di continuità intertemporale tutte le volte in cui la fattispecie successiva comprenda «in tutto o in parte» i fatti tipici rientranti nella fattispecie precedente (sostituita o abrogata dalla nuova legge): ciò “normalmente” accade – proseguono le Sezioni unite nel solco tracciato dalla dottrina – quando tra le due norme sussista un rapporto di contenenza («rapporto di specialità»), per cui la nuova fattispecie incriminatrice sia strutturalmente “generale” oppure “speciale” rispetto a quella originaria:

(i) nel primo caso, la fattispecie generale sopravvenuta *comprende integralmente* la sfera di tipicità della fattispecie speciale sostituita; nessun effetto di *abolitio criminis* dovrebbe realizzarsi ex art. 2, secondo comma c.p., perché nessun fatto che già costituiva reato al momento della commissione perde rilevanza penale a seguito della riformulazione legislativa. Sul piano strutturale della tipicità, la fattispecie generale, se *sostitutiva* di quella speciale<sup>46</sup>, si limita ad introdurre “nuove incriminazioni”, cioè nuove “sottofattispecie” della figura

<sup>46</sup> Un analogo fenomeno di “successione” tra norma speciale e norma generale si realizza non solo quando la fattispecie speciale venga sostituita da una *nuova* fattispecie generale, ma anche nei casi di abrogazione ‘secca’ di una norma penale che sia speciale rispetto ad una *norma generale compresente* nell’ordinamento (c.d. *abrogatio sine abolitio*); in queste situazioni, muovendosi sul piano strutturale della tipicità, si realizza un fenomeno di ‘espansione’ della norma generale nell’area tipica precedentemente sanzionata dalla norma abrogata (e prevalente ex art. 15 c.p. in quanto *lex specialis*), che sarà regolato dalla disciplina della mera successione modificativa di leggi penali (paradigmatica l’ipotesi della abrogazione dell’infanticidio per causa d’onore, che ha comportato l’espansione del delitto di omicidio); tuttavia, è soprattutto in relazione a questa tipologia di successione normativa

criminosa<sup>47</sup>, senza eliminarne alcuna fra quelle già precedentemente rilevanti; rispetto a queste ultime si potrà realizzare eventualmente un cambiamento “di disciplina” (sanzionatoria), rientrante nella sfera operativa della successione modificativa (art. 2 commi 3 e 4 c.p.) che rende applicabile la legge concretamente più favorevole tra quella speciale (precedente) e quella generale (successiva);

(ii) nel secondo caso (passaggio da fattispecie generale a fattispecie speciale) si verifica invece una *restrizione* della precedente area di tipicità penale, all'interno della quale la nuova formulazione normativa opera una selezione dei fatti tipici, individuati normalmente attraverso l'*introduzione* di elementi specializzanti del tipo penale<sup>48</sup>; conseguentemente, sul piano logico e formale,

---

che – come vedremo *infra* nel testo – la sentenza *Giordano* ha riconosciuto la possibilità di eccezioni al paradigma strutturale nella definizione degli effetti intertemporali.

<sup>47</sup> Sul concetto di “sottofattispecie”, decisivo nella definizione degli effetti di *abolitio criminis*, si veda soprattutto PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1373 s.; PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1278 s.; occorre peraltro precisare che, negli studi di teoria strutturale della norma penale, solo la specialità “per specificazione” darebbe vita alla *sottofattispecie* “in senso stretto”, intesa come modalità di realizzazione particolare della fattispecie legale, interamente e completamente ricompresa nella dimensione normativa del tipo; nella specialità “per aggiunta”, viceversa, non è riprodotta una sottofattispecie della fattispecie generale, ma quest'ultima si pone come “elemento costitutivo” della nuova figura criminosa la cui tipicità è ‘completata’ dall'elemento aggiuntivo: cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, spec. p. 210 ss.; già in precedenza, nello stesso senso anche FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Città di Castello, 1937 (ristampa 1971), spec. p. 55 ss. il quale tuttavia fa riferimento al concetto di “fattispecie particolare”; tuttavia, al fine di delimitare gli effetti della continuità normativa è possibile continuare ad utilizzare convenzionalmente il concetto di *sottofattispecie* “in senso lato” (comprensivo della specialità per aggiunta): v. *infra* nel testo; di recente, proprio attraverso una rimediazione del concetto dogmatico di “sottofattispecie” – basata sulla lettura “gradualistica” del reato – in dottrina è stata elaborata una interessante teoria, che *delimita* gli effetti di *abolitio criminis* “parziale” alle sole riformulazioni normative che selezionano la ‘nuova’ sfera di tipicità attraverso l'introduzione di elementi costitutivi già precedentemente rilevanti come circostanze “proprie” o “improprie” (*ex art. 133 c.p.*) della fattispecie originaria: cfr. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 346 ss.

<sup>48</sup> In realtà, effetti di *abolitio criminis* “parziale” si realizzano anche – ed anzi in modo ancora più lineare – quando la nuova fattispecie, *eliminando* dalla disposizione normativa taluni elementi tipici “estensivi” della tipicità ad autonome categorie di fatti (cioè in tutti i casi venga soppresso uno degli elementi costitutivi del fatto – soggetti attivi, oggetti materiali, eventi, presupposti o modalità della condotta etc. – previsti *in via alternativa*), depenalizza specifiche “sottofattispecie formalmente tipiche”; cfr. AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 215, che riconosce effetti “parzialmente” abolitivi *esclusivamente* a questa

i fatti selezionati (cioè “specializzati”) mantengono ferma e costante la propria rilevanza penale, nel senso che risultano astrattamente punibili sia per la vecchia sia per la nuova fattispecie penale<sup>49</sup>. È influente, peraltro, la circostanza che la specializzazione avvenga “per specificazione” di elementi tipici già presenti nella fattispecie originaria o “per aggiunta” di elementi costitutivi del tutto nuovi: per le Sezioni unite «non c’è ragione di differenziare (...) perché tanto negli uni quanto negli altri è riscontrabile quella situazione di doppia punibilità in astratto cui si ricollega la relazione di continuità<sup>50</sup>».

Sulla ribadita rilevanza penale di determinate sottofattispecie originariamente tipiche si fonda pertanto la “parziale” continuità normativa rispetto al passato, poiché in relazione ai fatti “speciali” (selezionati dalla nuova fattispecie incriminatrice) non si realizza nessuna *abolitio criminis* ma una mera successione modificativa disciplinata dal quarto comma dell’art. 2 c.p.; al contrario, le ipotesi originariamente tipiche ma *non selezionate* dalla nuova disposizione normativa perdono rilevanza penale anche rispetto al passato e in relazione ad esse si può parlare di “parziale” discontinuità normativa fra le norme in successione, realizzandosi *in parte qua* una effettiva situazione di *abolitio criminis* disciplinata dal secondo comma dell’art. 2 c.p.<sup>51</sup>.

---

particolare tipologia di riformulazione normativa, sostenendo che l’introduzione di elementi specializzanti del tipo determinerebbe, viceversa, esiti “totalmente” abolitivi: per una penetrante e condivisibile critica a tale impostazione, cfr. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 155 s.

<sup>49</sup> Cfr. PECORELLA, *C’è spazio*, cit., p. 1522, la quale nota come finalmente si sia «sgombrato il campo dall’equivoco di considerare l’introduzione di un elemento specializzante come qualcosa che attribuisce rilevanza penale a certe circostanze di fatto anziché toglierla a tutte quelle diverse dall’unica ‘supersite’ (in quanto oggetto di espressa menzione)»; si veda già PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1375: «il fatto normativamente definito dalla legge posteriore, proprio perché “specializzato”, è di per se idoneo ad essere riportato nell’ambito della precedente fattispecie, in quanto ne costituisce una “sottofattispecie”, che la norma posteriore ha isolato».

<sup>50</sup> Così Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, cit., che sottolinea, peraltro, la inevitabile opinabilità cui va incontro la diversa valorizzazione della specialità per aggiunta valutata sulla base di considerazioni valoriale sul diverso “peso” da attribuire all’elemento aggiuntivo; in dottrina, per tutti, PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1373 e, incisivamente, PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1279.

<sup>51</sup> La tesi radicale, sostenitrice di effetti di *abolitio criminis* “totale” in tutte le ipotesi di riformulazione specializzante (cfr. § precedente), non solo non trova il preteso appiglio del principio di irretroattività – in quanto si tratta di fatti già precedentemente tipici in qualità di sottofattispecie (implicite) della fattispecie legale originaria – ma addirittura, per i giudici delle Sezioni unite, si pone in attrito con il canone costituzionale della ragionevolezza, che ne rende certamente inaccettabili – oltre che sistematicamente assurdi («



### 3.3. *Il perdurante ruolo (residuale ma decisivo) dei criteri valoriali*

Nella teoria della “doppia punibilità in astratto” adottata dalla sentenza *Giordano*, tuttavia, il confronto logico-formale non esaurisce completamente il giudizio di continuità normativa: è infatti possibile che, nonostante la sussistenza di un rapporto di specialità normativa tra le fattispecie in successione (con esiti che sarebbero di totale o parziale continuità sul piano del giudizio di tipicità), si possa comunque pervenire ad una valutazione di completa discontinuità (con effetti di *abolitio criminis* totale), ma tale evenienza «deve trovare una sicura fonte nella nuova legge».

Le Sezioni unite, pur prendendo opportunamente le distanze dalla tradizionale formulazione della teoria della continuità del tipo di illecito (che valorizza apoditticamente il bene giuridico e le modalità dell’offesa), ammettono che, sebbene il confronto strutturale costituisca il criterio “di regola” sufficiente a definire il perimetro degli effetti abolitivi della riformulazione normativa, in “casi eccezionali” *valutazioni* di ulteriori profili sistematici della nuova legge o *considerazioni* di tipo valoriale sulla nuova struttura della fattispecie tipica possano essere *univocamente sintomatici* della volontà legislativa di «chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro», cioè di sancire l’*abolitio criminis* (per il passato) di fatti che continuano a mantenere rilevanza penale (per il futuro).

Entro questi limiti, i giudici della suprema Corte aderiscono espressamente ai precedenti interventi delle stesse Sezioni unite<sup>52</sup> e, soprattutto, a quegli autorevoli orientamenti dottrinali favorevoli ad un utilizzo accessorio ma comunque imprescindibile dei criteri valutativi, non solo in funzione meramente confermativa degli esiti abolitivi già desunti dal confronto strutturale<sup>53</sup>, ma anche in funzione “correttiva” *in bonam partem*, cioè per estendere “oltre” i

---

nell’interpretazione l’*argumentum ab absurdo* non è da sottovalutare») – i risultati applicativi; in questo senso, in dottrina, fra gli altri, già PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1276, sottolineando che «il paradosso deriva da una concezione formalistica (e restrittiva) del giuridicamente rilevante».

<sup>52</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., c. 143; Cass., Sez. un., 13 dicembre 2000, Sagone, cit., c. 141; Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, Donatelli, cit., p. 502; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Turina, cit., p. 1293, che avevano adottato un paradigma “sincretista” (a sfondo comunque *teleologico*) di valutazione della riformulazione normativa.

<sup>53</sup> Secondo lo schema argomentativo seguito, ad esempio, da Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit., c. 143; Cass., Sez. un., 13 dicembre 2000, Sagone, cit., c. 141.

confini tracciati dalla dimensione tipica della nuova fattispecie la portata retroattiva dell'*abolitio criminis*<sup>54</sup>.

A tali considerazioni valoriali – derogatorie rispetto agli esiti del confronto strutturale – uno spazio ancora più ampio sarebbe attribuibile nei casi di abrogazione ‘secca’ di una norma incriminatrice che sia tuttavia “speciale” rispetto ad una fattispecie *già compresente* nell’ordinamento: in questi casi, sebbene sul piano logico-formale si realizzi un effetto di ‘espansione’ della norma generale nell’area tipica della fattispecie speciale abrogata – situazione che precluderebbe qualsiasi effetto abolitivo (secondo lo schema della *abrogatio sine abolitio*<sup>55</sup>) –, è tuttavia possibile che la volontà legislativa debba essere interpretata proprio nel senso della *abolitio criminis*, per il passato, di tutti i fatti tipizzati dalla norma abrogata, benché per il futuro quegli stessi fatti rientrino nella sfera di tipicità penale della fattispecie generale preesistente<sup>56</sup>. La circostanza che in tali particolari situazioni l’intervento legislativo operi solo “in negativo” (attraverso una disposizione meramente abrogativa di una fattispecie incriminatrice) fa sì che il ricorso ai criteri valutativi, che costituisce un passaggio “eccezionale” nelle ipotesi di riformulazione normativa (cioè di “successione diacronica” in senso stretto), diventi viceversa “normale” nei casi di «abrogazione di una disposizione speciale».

---

<sup>54</sup> In questo senso, come *supra* illustrato (v. *retro* nota 30), soprattutto DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1263 ss.

<sup>55</sup> Per un esame analitico dei vari modelli successivi riconducibili al paradigma della *abrogatio sine abolitio*, cfr. GAMBARELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 180 ss.; nonché GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 162 ss.

<sup>56</sup> A sostegno di questa argomentazione, le Sezioni unite fanno riferimento esemplificativo, *in primo luogo*, al caso dell’abrogazione della fattispecie di *oltraggio*, che avrebbe dovuto comportare, seguendo il paradigma strutturale “puro”, l’espansione della figura delittuosa generale dell’*ingiuria* e conseguentemente la preclusione degli effetti abolitivi *ex art. 2*, secondo comma c.p. (cfr. Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, Avitabile, cit.); *in secondo luogo*, è richiamato il caso dell’abrogazione della fattispecie di *procurata impotenza alla procreazione* (art. 552 c.p.), che avrebbe dovuto comportare la riespansione delle *lesioni personali* da cui derivi la perdita della capacità di procreare (art. 583, secondo comma, n. 3, c.p.): anche in quella occasione, nonostante il supposto rapporto di specialità strutturale intercorrente tra le due norme, una parte della dottrina e della giurisprudenza aveva comunque negato la continuità normativa, cioè la possibilità di riqualificare i fatti di procurata impotenza nella fattispecie ‘generale’ (cfr. *infra* § 4.3).

#### 4. *Vecchi e nuovi problemi di diritto sostanziale*

La sentenza *Giordano* rappresenta senza dubbio un arresto *decisivo* della giurisprudenza in tema di successione di leggi penali nel tempo: da una parte, la chiara stigmatizzazione degli effetti di un'applicazione indiscriminata della teoria del fatto concreto neutralizza il rischio di potenziali e sotterranei effetti di retroattività *in malam partem* della nuova fattispecie; dall'altra, l'adesione ad un approccio metodologico basato sulla verifica del rapporto logico-normativo di specialità tra i fatti tipici in successione – eccezionalmente derogabile dalla volontà (anche implicita) del legislatore – garantisce, per il futuro, non solo il rigoroso rispetto dei principi cardine di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole, ma anche di minimizzare la confusione applicativa, con esiti spesso discriminatori, che era seguita a molte delle riforme legislative recenti in materia penale.

Il più rilevante precipitato teorico derivante dalla sostanziale adesione al paradigma logico-strutturale sta nel definitivo riconoscimento della *abolitio criminis* “parziale”: una figura, quasi sconosciuta o comunque poco approfondita nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali anche recenti, che oggi dovrebbe consentire di dosare e ritagliare sul piano geometrico della tipicità gli effetti abolitivi delle modifiche legislative, così finalmente sottraendo la disciplina intertemporale della riformulazione delle norme incriminatrici agli irragionevoli radicalismi delle alternative “secche” diffuse in passato: “totale continuità” tra tipi di illecito (con intollerabile restrizione degli effetti *iperretroattivi* dell'*abolitio criminis*) vs. “totale discontinuità” (con irragionevoli effetti *iperabolitivi*)<sup>57</sup>.

Nonostante la fissazione di tali apprezzabili ‘punti fermi’ nella teorica della successione di leggi penali nel tempo, il modello di valutazione della continuità normativa elaborato dalla sentenza *Giordano* si espone, ciò nondimeno, ad alcuni *non secondari* rilievi critici – sia di ordine teorico (sul piano della disciplina sostanziale), sia sistematico (sul piano della gestione processuale) – che stanno trovando nell'esperienza giurisprudenziale di questi ultimi anni un riscontro prasseologico inconfutabile e che rischiano di ridimensionare sensibilmente i risultati che si ritenevano finalmente raggiunti.

---

<sup>57</sup> Manifestava perplessità, riconoscendo questi esiti della teoria della continuità del tipo di illecito, lo stesso M. ROMANO, *Irretroattività*, cit., p. 1256 ss.; cfr. PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1281 s.; GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 205; ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 109.

#### 4.1. *Casi lineari e casi complessi: il problema della specialità bilaterale*

I limiti teorici della sentenza *Giordano* emergono, anzitutto, concretizzandosi in problemi applicativi, non appena ci si discosti dai ‘casi lineari’ per accostarsi ai ‘casi complessi’ di riformulazione delle fattispecie incriminatrici:

(i) i casi *lineari* sono quelli che si inquadrano perfettamente nella logica della specialità strutturale, cioè nella selezione di un nuovo *sottoinsieme* di fatti tipici all’interno dell’*insieme* dei fatti tipici originari. È il caso delle modifiche normative collocabili, in particolare, nel paradigma della “specialità unilaterale” (per specificazione o per aggiunta) e che normalmente si pongono, anche nella prospettiva assiologica dei valori in gioco, lungo la medesima linea di tutela della fattispecie originaria. A questo schema appaiono sostanzialmente anche riconducibili, ad esempio, le riformulazioni oggetto di analisi nella sentenza *Giordano*, relative alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali (nuovi artt. 2621 e 2622 c.c.) e di bancarotta societaria (nuovo art. 223 l.f.): una volta individuata la relazione strutturale di specialità unilaterale (per specificazione e per aggiunta) tra le nuove formulazioni tipiche e le norme originarie, le Sezioni unite hanno avuto buon gioco ad affermare l’avvenuta *abolitio criminis* “parziale”, in relazione alla classe dei fatti concreti privi dei nuovi elementi specificativi o aggiuntivi;

(ii) i casi *complessi* sono invece caratterizzati da un rapporto logico-strutturale di “specialità bilaterale” fra le disposizioni penali: le fattispecie in successione sono legate da un nucleo normativo comune, ma differiscono reciprocamente per gli elementi ulteriori e specializzanti (per specificazione e/o per aggiunta) di quel nucleo<sup>58</sup>. In queste ipotesi, non riconducibili alla logica

<sup>58</sup> Facciamo qui riferimento ad un’accezione di specialità bilaterale “in senso lato”, secondo l’impostazione strutturale di FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit.; così anche GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, p. 418; G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; ID., voce *Specialità (Principio di)*, in *Novissimo dig., App.*, Torino, 1987, p. 490; in termini parzialmente diversi F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit. p. 226 ss. (ove anche ampi riferimenti bibliografici alle varie accezioni di “specialità bilaterale”); un’accezione “in senso stretto” è invece quella che fa riferimento alle ipotesi in cui le disposizioni normative, accanto ad un nucleo comune, «presentano elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell’altra» (così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 427 e FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 618): questa particolare relazione strutturale identifica le particolari ipotesi di *coincidenza fra sottofattispecie* (nel lessico di Mantovani), di *coincidenza fra fattispecie particolari* (nel lessico di Frosali) o di *specialità bilaterale per specificazione reciproca* (nel lessico di G. De Francesco).

insiemistica della specialità unilaterale, diventa più incerta la perimetrazione degli effetti abolitivi secondo il modello di giudizio tracciato dalla sentenza *Giordano*, che non sviluppa adeguatamente la teoria dell'*abolitio criminis* in merito ai possibili diversi paradigmi strutturali della specialità bilaterale. In altri termini, le Sezioni unite non forniscono gli strumenti di analisi per distinguere e definire *quando* una relazione di specialità bilaterale equivalga a completa eterogeneità tra le fattispecie in successione (rapporto c.d. “di interferenza”<sup>59</sup>), con effetti di *abolitio criminis* “totale”, e *quando*, viceversa, pur non potendosi inquadrare la riformulazione legislativa nel rapporto di specialità unilaterale, residuino spazi di continuità normativa, con esiti solo parzialmente abolitivi.

È infatti *innegabile* che in alcuni casi strutturalmente inquadrabili nel rapporto di specialità bilaterale fra enunciati normativi possa nondimeno persistere la tipicità di talune *sottofattispecie comuni* ad entrambe le disposizioni in successione, rispetto alle quali si devono necessariamente riconoscere margini di continuità normativa ed effetti abolitivi “parziali”: ciò si verifica tutte le volte in cui la nuova “fattispecie legale astratta” da una parte *sopprime* alcune sottofattispecie originariamente tipiche e dall'altra ne *introduce* di nuove<sup>60</sup>. È un profilo che merita senza dubbio una più attenta considerazione da parte della giurisprudenza, sulla base soprattutto degli studi dottrinali di teoria strutturale delle norme penali<sup>61</sup> – puntualmente ripresi anche da recenti lavori in materia

<sup>59</sup> Cfr. PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1375; P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 36 s.; per un utilizzo ‘in senso ampio’ del concetto di “interferenza”, comprensivo anche delle ipotesi di “specialità bilaterale” in cui sono riscontrabili sottofattispecie comuni ad entrambe le norme “susseguitesi nel tempo”, PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1272 s.; più opportuno, tuttavia, limitare convenzionalmente tale concetto definitorio al rapporto di eterogeneità/discontinuità strutturale (da cui deriverebbero effetti di “totale” *abolitio criminis*), peraltro in linea con l'inquadramento del fenomeno in un quadro più generale (cfr., approfonditamente, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 182 s.).

<sup>60</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 85 s.; PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., 1272 s. e 1285 s.; DODARO, *Dall'abrogato conflitto di interessi alla nuova infedeltà patrimoniale*, in *Le società*, 2003, 1649 ss.; il riconoscimento di una parziale continuità normativa anche in relazione a talune ipotesi di specialità bilaterale emerge chiaramente anche dalle stringenti argomentazioni di chi, aderendo alla teoria strutturale, ritiene fondamentale «la condizione che il fatto storico ricada nell'area di illiceità sottesa e comune ad entrambe le fattispecie» (così, fra gli altri, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, cit., p. 124; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 171; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, p. 141); sul punto, v. anche S. DE FRANCESCO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 1060 ss.

<sup>61</sup> Il riferimento è agli approfonditi ed analitici lavori, in tema di concorso di norme e di reati, di FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit. e G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit.

di successione di leggi<sup>62</sup> – che hanno analizzato i diversi modelli formali di relazione tra disposizioni incriminatrici, evidenziando proprio le possibili «aree di coincidenza tra le fattispecie» su cui le stesse Sezioni unite fondano, in ultima analisi, la continuità normativa tra le norme in successione<sup>63</sup>.

In questa prospettiva – meritevole di approfondimenti e di puntualizzazioni che in questa sede è impossibile svolgere – il riconoscimento di possibili effetti di continuità anche in caso di relazione di specialità bilaterale non significa indiscriminata attribuzione di rilevanza ad ogni fatto concreto che potrebbe essere inquadrato nelle due norme “in successione” sulla base della valorizzazione di elementi diversi e reciprocamente eterogenei<sup>64</sup>, con il rischio di ricadere esattamente nelle medesime violazioni del principio di irretroattività che inficiano la teoria del fatto concreto; anche in questi casi – non diversamente da quelli di specialità unilaterale – occorre preliminarmente verificare, sul piano del confronto normativo astratto, l’esistenza di “sottofattispecie comuni” alle due norme e solo in un secondo momento accertare se il fatto concreto sia sussumibile nell’area di tipicità che le fattispecie condividono. Ciò normalmente si verifica (oltre che nel caso di soppressione e contestuale aggiunta di *sottofattispecie formalmente tipiche*<sup>65</sup>) quando gli elementi ‘propri’ di ciascuna

<sup>62</sup> I margini di continuità normativa nelle relazioni strutturali di specialità bilaterale sono analizzati, seppure con esiti parzialmente diversi, soprattutto da GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 237 ss.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit. e già ID., *Specialità e interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 230 ss.; più sinteticamente anche MICHELETTI, *La continuità intertemporale della bancarotta fraudolenta “cagionata” tramite reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 712 ss.

<sup>63</sup> Nella sentenza *Giordano*, infatti, si afferma espressamente come «il criterio normale deve essere quello che porta a ricercare un’area di coincidenza tra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo»: d’altra parte, la stessa riformulazione dell’art. 2621 c.c. è strutturalmente inquadrabile nel paradigma della “specialità bilaterale”, in quanto la fattispecie originaria contiene a sua volta, rispetto a quella nuova e speciale per specificazione, degli elementi propri (i “promotori” e i “soci fondatori” come soggetti attivi, la “costituzione” come oggetto materiale del falso) che non sono riprodotti nella nuova formulazione tipica; da ultimo, anche Cass., Sez. un., 12 giugno 2009, Rizzoli, cit., fa riferimento alla «sussistenza di uno *spazio comune* alle fattispecie»; coglie puntualmente nel segno, in questa prospettiva, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, cit., p. 124.

<sup>64</sup> In questo senso invece, facendo generico riferimento al rapporto di “specialità bilaterale” tra le norme in successione, Cass., Sez. VI, 26 aprile 1999, Negrato, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2242; Cass., Sez. VI, 17 febbraio 1998, Ferrante, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2506, nonché Cass., Sez. VI, 17 dicembre 1997, Testa, in *Cass. pen.*, 1999, p. 494, tutte in tema di abuso d’ufficio.

<sup>65</sup> Cioè nelle ipotesi in cui la nuova fattispecie legale da una parte *sopprime* degli elementi “estensivi” (o “alternativi”) del tipo – ad esempio alcune categorie di soggetti



delle due fattispecie siano *specificativi* di corrispondenti elementi *generali* già presenti nell'altra disposizione incriminatrice: in questo modo si assicura che ciascun elemento 'proprio' selezioni in realtà una sottofattispecie *già tipica* ai sensi dell'altra disposizione penale.

Il paradigma della mera "intersezione strutturale" (con effetti di *discontinuità totale*) si configura, viceversa, quando il nucleo fattuale comune alle due fattispecie acquista rilevanza penale in forza di differenti elementi di *specificazione* "per aggiunta"<sup>66</sup>, cioè in ragione di elementi costitutivi non collocabili in rapporto di specialità "per specificazione" con nessun corrispondente elemento dell'altra fattispecie: in questa ipotesi non è riscontrabile nessuna sfera di coincidenza fra "sottofattispecie tipiche", ma comune alle due norme è solo un "segmento fattuale" privo di autonoma rilevanza penale e quindi inidoneo ad incardinare una pur parziale continuità normativa.

La diffusa convinzione che la parziale continuità normativa possa incardinarsi solo nelle ipotesi di specialità unilaterale (secondo lo schema logico-insiemistico della "piena continenza") rende le ipotesi di "specialità bilaterale" particolarmente permeabili all'infiltramento di quelle residue aperture sostanzialistiche della sentenza *Giordano*, che offrono la sponda per abbandonare le certezze geometriche del confronto logico-strutturale fra norme in successione e per tornare a percorrere i binari ciechi del sincretismo valoriale.

#### 4.2. *Le diffuse derive valoriali nella giurisprudenza recente*

Proprio quest'ultimo profilo costituisce il secondo limite dell'attuale modello giurisprudenziale di gestione intertemporale della riformulazione delle leggi penali: sebbene la sentenza *Giordano* sottolineasse – come già *supra* illustrato – la "normale" sufficienza del confronto strutturale tra fattispecie legali astratte al fine perimetrare i confini degli effetti abolitivi, rimaneva comunque il rischio che la giurisprudenza successiva potesse aggrapparsi al limitato ma perdurante credito ancora accordato ai criteri valoriali per desumere la eventua-

---

attivi – e dall'altra ne introduca di nuovi: in questo caso la successione normativa avverrà esclusivamente "per selezione di alternative formalmente tipiche" (cfr. PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1374).

<sup>66</sup> Al rapporto di «specialità bilaterale per aggiunta» fanno pure riferimento GAMBARDILLA, *L'abrogazione*, cit., p. 237 s. e MICHELETTI, *La continuità intertemporale*, cit., p. 712 ss., entrambi sulla base della teoria sviluppata, in merito alla problematica del concorso apparente di norme, da G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 59 ss.; puntualmente, si veda ancora ID., *Specialità*, cit., p. 490, secondo il quale «la cosiddetta "interferenza" altro non è che una specialità bilaterale per aggiunta».

le (e malcelata) *voluntas* del legislatore storico *derogatoria* rispetto ai risultati strutturali<sup>67</sup>.

Un rischio puntualmente concretizzatosi, come inequivocabilmente testimoniano le decisioni dell'ultimo lustro in materia di successione di leggi penali che quasi in nessun caso seguono il modello strutturale "puro" per la definizione degli effetti intertemporali, ma sostanzialmente riproducono – con uso argomentativo che va ben oltre i margini di eccezionalità in cui il ricorso ai profili valoriali era stato confinato dalle Sezioni unite – le tradizionali cadenze retoriche della continuità del tipo di illecito e delle altre varianti del paradigma sostanziale-valutativo<sup>68</sup>.

Da ultimo, a titolo esemplificativo, le incertezze derivanti dalle valutazioni sostanziali sono emerse nella recente pronuncia delle Sezioni unite (sentenza *Rizzoli*) in tema di bancarotta societaria (ex art. 236, comma 2, l.f.) conseguente all'abrogazione dell'amministrazione controllata<sup>69</sup>: nel decidere

---

<sup>67</sup> In senso critico sulle residue aperture valoriali della sentenza Giordano, soprattutto C. PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi*, cit., p. 1524 s.; ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 142 ss.; nonché MICHELETTI, *La continuità*, cit., p. 720 s. e AMBROSETTI, *Abolito criminis*, cit., p. 200 ss.

<sup>68</sup> Nella giurisprudenza di questi anni, con diversità di sfumature e accenti, emerge ancora un diffuso utilizzo dei criteri sostanzialistici – cioè il riferimento al *bene giuridico* tutelato o al mutamento del complessivo *giudizio di disvalore astratto* del fatto, nonché al «nesso di continuità ed omogeneità», al «significato lesivo del fatto storico (...) riconducibile nel suo nucleo essenziale ad una diversa categoria d'illecito», al «peso tale» dell'elemento specializzante aggiuntivo etc. – per fondare il giudizio di continuità/discontinuità normativa tra le norme in successione: cfr. Cass., Sez. V, 7 novembre 2008, Carpoca, in *CED. Cass.*, n. 242958, sulla modifica del reato *insider trading*; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2007, n. 6087, inedita, in materia di dichiarazione fiscale fraudolenta; Cass., Sez. II, 7 ottobre 2009, n. 40988, inedita e Cass., Sez. II, 7 luglio 2009, Sylla, in *CED. Cass.*, n. 244631, in materia illecita detenzione di prodotti audiovisivi privi del marchio Siaie; Cass., Sez. I, 3 luglio 2003, Corneti, in *CED. Cass.*, n. 226130, in materia di assunzione di lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno; Cass., Sez. II, 29 marzo 2007, Giraudo, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2080 e in *CED. Cass.*, n. 237035, in materia di frode sportiva; Cass., Sez. V, 7 dicembre 2005, Mangiapane, in *Cass. pen.*, 2006, p. 457 ss., in materia di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza; Cass., Sez. I, 22 febbraio 2005, Erra, in *CED. Cass.*, n. 230148, in materia di violenza sessuale di gruppo; Cass., Sez. I, 24 giugno 2004, Bisignani, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1080, in materia di infedeltà patrimoniale; Cass., Sez. III, 24 ottobre 2007, Borgia, in *CED. Cass.*, n. 238458, in materia di maltrattamento di animali; Cass., Sez. II, 7 giugno 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 40, p. 94 s., in materia di usura; Cass., Sez. V, 20 febbraio 2007, Dal Ben, in *CED. Cass.*, n. 237599, in materia di successione tra fattispecie di prestiti e garanzie della società e infedeltà patrimoniale.

<sup>69</sup> Cass., Sez. un., 12 giugno 2009, Rizzoli, cit., con note GAMBARDELLA, *L'abolizione del diritto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione con-*

sulla possibilità di riconoscere un fenomeno di *abrogatio sine abolitio* – in ragione della possibile “riespansione” delle norme incriminatrici (di false comunicazioni sociali e di appropriazione indebita) precedentemente assorbite nella fattispecie abrogata – è stato proprio il ricorso ad “apporti valoriali” ad aver veicolato il risultato del giudizio di continuità tra le norme in successione nel senso della reciproca “eterogeneità” (con il conseguente riconoscimento degli effetti di *abolitio criminis*); benché le Sezioni unite – poco coerentemente con tali premesse – abbiano poi ammesso la possibilità teorica di riqualificare i pregressi fatti di bancarotta fraudolenta impropria nelle “fattispecie minori” preesistenti (riconoscendo nel caso concreto l’*abolitio criminis* solo in ragione dei limiti cognitivi del giudizio di esecuzione in cui pendeva il procedimento *de quo*), è l’*ambiguo utilizzo* dei criteri valoriali – all’interno di un percorso argomentativo non lineare – che rischia di creare un ulteriore scivoloso “precedente” per il futuro.

D’altra parte, aldilà della circostanza che nella giurisprudenza di questi ultimi anni il persistente approccio valoriale/sincretista abbia (o meno) condotto a risultati intertemporali sostanzialmente conformi a quelli strutturali<sup>70</sup>, ciò che merita di essere stigmatizzato è il fatto che le motivazioni e i “principi di diritto” espressi nelle pronunce della Corte di cassazione forniscono *tuttora* gli strumenti argomentativi per risolvere in modo polivalente, esattamente come accadeva in passato, i problemi della successione di leggi penali nel tempo<sup>71</sup>. In questa prospettiva, se tale approccio non disturba – oggi come ieri – in relazione ai casi semplici, nei quali la nuova fattispecie si colloca normalmente

---

trollata, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4124 ss. e di SCOLETTA, *Abrogazione dell’amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri dalle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.

<sup>70</sup> Per un caso critico si veda ad esempio Trib. Monza, 21 luglio 2003, in *Le società*, 2003, p. 1649 ss., con nota critica di DODARO, *Dall’abrogato conflitto*, cit., p. 1649 ss.

<sup>71</sup> Si veda, ad esempio, Cass., Sez. V, 20 febbraio 2007, Dal Ben, cit., sul complesso rapporto tra vecchio art. 2624 c.c. e nuovo art. 2634 c.c., in cui le considerazioni valoriali, attraverso cui viene filtrata l’analisi strutturale, avrebbero ben potuto condurre a risultati diversi rispetto a quelli di totale eterogeneità/discontinuità riconosciuti dalla sentenza; si veda inoltre, per un utilizzo assolutamente inconferente del criterio valutativo in un caso di depenalizzazione in senso stretto (cioè di passaggio dall’illecito penale a quello amministrativo), Cass., Sez. II, 26 ottobre 2009, D.K., cit., nonché Cass., Sez. II, 9 settembre 2009, S.A., in *Leggi d’Italia online*; anche in dottrina emergono tentativi di utilizzare i margini valutativi ammessi della sentenza *Giordano* per cercare di ribaltare i risultati intertemporali dell’approccio strutturale: cfr., ad esempio, ROCCHI, *Riflessioni di diritto intertemporale in tema di infedeltà patrimoniale all’interno delle singole società e delle holding*, in *Cass. pen.*, 2005, spec. p. 463 s. in merito ai rapporti successori tra appropriazione indebita e infedeltà patrimoniale; nello stesso senso anche RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1283.

lungo la medesima linea di tutela di quella originaria (e quindi le considerazioni valoriali *confermano* le conclusioni strutturali), diventa invece problematico in relazione ai casi complessi, in cui l'elasticità delle valutazioni sostanziali si presta a *sostituire* completamente la rigidità del confronto strutturale nella determinazione degli effetti abolitivi e a condurre ad esiti sensibilmente difformi. Peraltro, in linea con l'insegnamento della sentenza *Giordano*, non si può neppure escludere che il rinnovato e sotterraneo radicamento del paradigma sincretista possa arrivare a porre ancora una volta in dubbio la parziale continuità normativa anche in relazione a particolare ipotesi di specialità unilaterale (soprattutto *per aggiunta*), qualora i nuovi elementi aggiuntivi possano essere 'opportunamente' interpretati – nella prospettiva sostanzialistica – come indice di una "sicura" volontà 'di rottura' rispetto al passato (e quindi di *abolitio criminis* totale).

#### 4.3. La "normale" convergenza tra risultati strutturali e giudizi valoriali

In verità, con raffinatezza di argomentazioni, in dottrina si è sostenuta la perfetta convergenza di risultati tra il piano *logico* del criterio strutturale e quello *teleologico* dei criteri valoriali: «un serio approccio *valutativo* ai problemi di diritto intertemporale non può che convergere sul paradigma dei rapporti *strutturali* <sup>72</sup>» per cui «la prospettiva della struttura come immagine della sostanza è la più matura e feconda impostazione dell'analisi strutturale <sup>73</sup>»; il passaggio da fattispecie generale a fattispecie speciale comporterebbe sempre (e solo) un mero «slittamento delle soglie di tutela <sup>74</sup>» – fra diversi gradi di pericolo, dal pericolo al danno, da interessi strumentali ad interessi finali, rispetto comunque

<sup>72</sup> Così testualmente PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1284, che incisivamente argomenta la propria tesi così continuando: «sul piano formale, la sostituzione di una fattispecie generale con una speciale (...) è sempre una restrizione di ambiti o soglie di tutela penale, mediante una selezione di modalità di condotta o di tipi di evento. Sul piano teleologico la selezione di modalità di offesa rilevanti è proprio la funzione che il passaggio alla norma speciale si prefigge e può svolgere»; già in passato, su un piano più generale, osservazioni simili sulla *immanenza* di profili valoriali nel rapporto di specialità normativa erano state espresse da FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., p. 254 e MORO, *Unità e pluralità di reati*, 1959, II ed., p. 59; in senso sostanzialmente adesivo rispetto alle riflessioni di Pulitanò, cfr. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 214 s. («la sostanza infatti prende corpo *nella forma*»); DI MARTINO, *Successione di norme penali*, cit., p. 535; AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 201.

<sup>73</sup> Così ALAGNA, *Tipicità*, cit., spec. p. 131 ss., con ulteriori sviluppi e approfondimenti.

<sup>74</sup> Così ancora PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1289, che così continua: «il rapporto di specialità fra le fattispecie astratte è ancoraggio sufficiente per affermare la con-

ad “obbiettivi di tutela” che rimangono tuttavia sempre gli stessi – indicativo del *continuum* teleologico fra norme penali in successione.

Il riscontro più evidente della normale “sufficienza” dell’approccio strutturale per assicurare gli esiti più ragionevoli anche sul piano sostanziale, proviene proprio – come è stato puntualmente evidenziato<sup>75</sup> – dalle vicende successive richiamate dalla sentenza *Giordano* per giustificare il persistente ricorso ad “apporti valutativi”:

(a) in merito alla vicenda dell’abrogazione dell’oltraggio (art. 341 c.p.), si afferma, per giustificare il ricorso a criteri valoriali di giudizio, che, ‘a dispetto’ del rapporto di specialità intercorrente con la fattispecie di ingiuria, esistono fatti di oltraggio che sicuramente non rientrano nella sfera tipica dell’ingiuria (e che tuttavia, aderendo all’approccio strutturale, avrebbero continuato ad essere puniti a tale titolo secondo lo schema dell’*abrogatio sine abolitio*)<sup>76</sup>; questa osservazione, lungi dal giustificare una conclusione in termini di *abolitio criminis* “totale” – sulla base di un giudizio valoriale di completa discontinuità – prova solo che tra le due figure evidentemente non esiste, sul piano tipico della *norma penale*, un rapporto di specialità<sup>77</sup> speculare a quello suppostamente riscontrabile sul piano formale della *disposizione*<sup>78</sup>; il confronto strutturale, infatti, deve

---

tinuità dei problemi di tutela (i beni giuridici in gioco) e della direzione della tutela, pur nello slittamento verso soglie di tutela più ravvicinate».

<sup>75</sup> Si vedano infatti sul punto le puntuali osservazioni di PECORELLA, *C’è spazio*, cit., p. 1527 ss.

<sup>76</sup> Cfr. DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1270 s., secondo il quale in relazione alla vicenda dell’oltraggio emerge il «superamento dei criteri strutturali (...) *la stessa specialità viene talvolta trasformata* e alterata dalla diversa costruzione del reato a protezione di un diverso bene giuridico; *la diversità del bene*, infatti, *modifica la stessa struttura del reato, anche se formalmente, dalla esplicita descrizione della legge, ciò non sempre appare*».

<sup>77</sup> Cfr. PECORELLA, *C’è spazio*, cit., p. 1528 s. che nota come «sia proprio la premessa di partenza – della sussistenza di un rapporto da specie a genere con la fattispecie di ingiuria – che merita di essere riconsiderata, almeno in parte».

<sup>78</sup> La “disposizione” – come noto – è identificabile con l’enunciato (o testo) normativo, mentre la “norma” con il contenuto di significato (della disposizione): sottolinea opportunamente come il confronto strutturale debba essere condotto sul piano delle “norme incriminatrici” in successione temporale e non su quello delle «disposizioni incriminatrici», GAMBARDILLA, *L’abrogazione*, cit., p. 103 ss. e p. 205 ss.; ai riferimenti bibliografici *ivi* citati (p. 104, nota n. 92), su tale fondamentale distinzione teorica, si aggiungano le illuminanti pagine di ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 73, secondo il quale «nella sua opera, realmente creativa, l’interprete rinnova sempre la norma; costituisce perciò stesso, strumento di un perenne sviluppo del diritto»; ancora ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Problemi giuridici*, cit., p. 352,

avere come decisivo referente il perimetro della “tipicità penale”, caratterizzata da una imprescindibile “dimensione ermeneutica”<sup>79</sup> di cui principale artefice è il “bene giuridico” oggetto di tutela<sup>80</sup>. In questa prospettiva, la fattispecie di ingiuria era idonea ad abbracciare solo i fatti di oltraggio che avessero integrato anche l’offesa all’“onore” (concetto *di specie* rispetto al “prestigio”) della persona offesa, cioè gli estremi di una sottofattispecie (speciale) già pienamente ricompresa nell’area di tipicità della figura abrogata. In sostanza, il rapporto strutturale tra le due *norme incriminatrici* è inquadrabile nel paradigma della “specialità bilaterale”, che – come illustrato *supra* – non esclude margini di continuità normativa in relazione alle “sottofattispecie comuni” alle norme in successione<sup>81</sup>. La stessa conclusione della sentenza *Avitabile* – talora ingiustamente additata a paradigma dell’approccio valoriale ai problemi intertemporali – nel senso della *abolitio criminis* dei pregressi fatti di oltraggio, d’altra parte, non era dettata da valutazioni sostanziali di discontinuità normativa tra oltraggio e ingiuria, ma da mere contingenze processuali, che rendevano tecni-

---

secondo il quale «oggetto dell’interpretazione non è una norma ma un testo (o un comportamento); è in forza dell’interpretazione del testo che a rigore può dirsi ‘passato’, ‘storico’, che si formula la ‘norma’ (come presente ed anzi proiettata nel futuro). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere testo»; si veda anche, in generale, l’opera di W. Iser, *The Act of Reading. A theory of Aesthetic Response*, Baltimore, 1978, trad. it. *L’atto della lettura. Teoria di una risposta estetica*, Bologna, 1987, spec. p. 250 ss.

<sup>79</sup> Ne evidenzia l’importanza in relazione ai problemi intertemporali, DONINI, *Abolito criminis*, cit., p. 1271 s., sebbene poi l’Autore sviluppi questo dato per avvalorare il ricorso a criteri “valoriali”; nello stesso senso, TESAURO-NICOSIA, *Nota* a Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, cit., c. 586 ss.; in generale sul tema, limitatamente alla dottrina penalistica, DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 260 ss. e FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 357 ss.; più in generale, GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, trad. it. *Verità e metodo*, a cura di Vattimo, 1995, p. 342 ss.; doveroso anche il richiamo alla teoria dei “contesti socio-culturali” di LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 23 ss.

<sup>80</sup> «La lettera della legge [la ‘disposizione’ normativa] rappresenta soltanto il limite esterno imposto all’opera dell’interprete; entro questo limite, per ricostruire i fatti penalmente rilevanti, l’offesa al bene giuridico rappresenta un indispensabile criterio selettivo, che determina l’espulsione dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi»: così, per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, p. 193; sul corretto ruolo del bene giuridico nella definizione del perimetro tipico delle fattispecie in successione, cfr. GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 206; DI MARTINO, *Successione*, cit., p. 535 s.; AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 208 s.

<sup>81</sup> Per un corretto inquadramento intertemporale della vicenda dell’oltraggio nella prospettiva “strutturale”, cfr. GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 183 ss.; AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 168 ss.



camente impossibile l'accertamento degli ulteriori profili fattuali necessari per riqualificare il fatto originario (di oltraggio) nella fattispecie di ingiuria <sup>82</sup>;

(b) parimenti, in relazione all'abrogazione del reato di «procurata impotenza alla procreazione» (art. 552 c.p.), che sul piano strutturale avrebbe suppositamente imposto la riespansione delle «lesioni personali gravissime» (art. 583, secondo comma, n. 3 c.p.), è stato opportunamente precisato <sup>83</sup> come gli effetti abolitivi delle condotte di sterilizzazione volontaria in precedenza punite ex art. 552 c.c. derivassero in realtà non dal ricorso ad incerti «apporti valutativi» <sup>84</sup>, ma dalla 'sopravvenuta' operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.) (in precedenza inapplicabile in forza dello specifica previsione contraria contenuta nell'art. 552 c.p.). Quelle condotte, pertanto, erano 'abolite' *per il passato* nella misura in cui diventavano lecite anche *per il futuro*: nessuna «eccezionale» deroga rispetto alla disciplina della successione di leggi penali nel tempo, né, tantomeno, rispetto ai risultati intertemporali del confronto strutturale; semplicemente, l'effetto di *abolitio criminis* è dovuto alla circostanza che, sul piano sistematico, la norma generale *non si riespande* nell'area tipica della norma (speciale) abrogata per il contestuale intervento di una fattispecie scriminante. D'altra parte, lo stesso Padovani non prospettava affatto il ricorso a considerazioni valoriali per correggere i risultati strutturali in merito al caso *de quo*, ma risolveva la questione affermando che «ciò che importa segnalare è invece la necessità, ai fini della successione di leggi, che l'abrogazione implichi un'effettiva perpetuazione di rilevanza, nella norma generale, del fatto già contemplato nella norma speciale <sup>85</sup>». In sostanza, per delimitare i margini della continuità normativa nel caso di abrogazione di una

---

<sup>82</sup> Cioè per verificare che la condotta lesiva del *prestigio del pubblico ufficiale*, contestata ed accertata a titolo di oltraggio, integrasse anche gli estremi fattuali della lesione all'onore della *persona*.

<sup>83</sup> Cfr. ancora PECORELLA, *C'è spazio*, cit., p. 1526 s.

<sup>84</sup> In questo senso invece, adesivamente con le affermazioni della sentenza *Giordano*, GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, cit., p. 183, che evoca il ricorso ad un «criterio interpretativo ispirato alla *ratio legis* (...) una situazione non dissimile da quella costruita dalla teoria della continuità del tipo di illecito».

<sup>85</sup> Così PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1368; che il criterio strutturale debba essere «integrato» non da incerti apporti valoriali, ma da un'*interpretazione sistematica* dell'assetto normativo conseguente all'abrogazione della fattispecie penale emerge anche dalle osservazioni svolte in ID., *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi*, cit., p. 3330.

norma “speciale” (o comunque “prevalente”<sup>86</sup>) rispetto ad un’altra fattispecie già esistente, non si tratta di decifrare la volontà ‘occulta’ del legislatore, ma di interpretare correttamente la reazione sistematica dell’ordinamento giuridico.

#### 4.4. *La possibile “freddezza” del giudizio strutturale*

Per quanto all’affermazione di convergenza tra il piano strutturale e quello valoriale si debba riconoscere il pregio di legittimare anche nella prospettiva dei ‘valori in gioco’ il giudizio formale di continuità normativa e di rispondere adeguatamente ai rilievi mossi in merito ai necessari riflessi dell’oggettività giuridica nel confronto astratto fra fattispecie legali<sup>87</sup>, si tratta tuttavia di un’asserzione che non può essere condivisa in pieno, nella misura in cui ancora un requisito presentato come ‘assoluto’ (la *corrispondenza* fra giudizio teleologico-sostanziale e giudizio logico-strutturale) ad una prospettiva essenzialmente ‘relativa’ come quella sull’oggettività giuridica e sugli scopi di tutela sottesi alla previsione normativa, inesorabilmente frutto di un’analisi interpretativa condizionata da innumerevoli fattori soggettivi e contingenti<sup>88</sup>.

Nella generalità dei casi, è vero, la “specializzazione” (per specificazione o per aggiunta) di una fattispecie penale si muove chiaramente lungo la medesima linea della tutela originaria ed alla modifica strutturale non corrisponde una frattura sostanziale che possa giustificare conclusioni diverse sul piano valutativo: questi, tuttavia, sono casi ‘facili’ anche nella prospettiva sostanziale, in cui i diversi paradigmi di risoluzione dei problemi intertemporali condivi-

---

<sup>86</sup> Per la precisazione di come il fenomeno dell’*abrogatio sine abolitio* possa realizzarsi non solo nei casi di soppressione di una norma strutturalmente “speciale” rispetto ad una norma generale preesistente, ma in tutte le ipotesi in cui possa ‘riespandersi’ una norma originariamente “sussidiaria” rispetto alla fattispecie abrogata, cfr. SCOLETTA, *Abrogazione dell’amministrazione controllata*, cit., p. 192 s.

<sup>87</sup> Si veda soprattutto DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1273 s.; ID., *Discontinuità*, cit., p. 2879 s. e ROMANO, *Irretroattività*, cit., p. 1254 s.

<sup>88</sup> Lo riconosceva puntualmente già PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1377 s., che, dopo aver sottolineato come il modello strutturale sia normalmente sorretto da un «fondamento sostanziale» grazie alla possibilità di «ravvisare una persistenza di disvalore, un omogeneità delle offese che giustifica il fenomeno successorio», riconosceva tuttavia come sia «assai dubbio che la cerchia delle ipotesi riconducibili entro gli argini formali della successione esaurisca compiutamente l’ambito delle vicende normative in cui può essere scorta una continuità (o una esigenza di continuità) sostanziale» e osservava come la eterogeneità strutturale possa determinare talora effetti di *abolitio criminis* totale che «possano cozzare contro ragioni di giustizia sostanziale, peraltro destinate a rimanere insoddisfatte nel contesto della disciplina offerta dall’art. 2 c.p.».

dono risultati analoghi; ma in talune ipotesi, soprattutto di riformulazione “per aggiunta” di elementi costitutivi particolarmente ‘densi’ di significato o quando il rapporto strutturale è complesso (ma è comunque individuabile una classe comune di sottofattispecie sulla quale fondare una parziale continuità) o, ancora (e soprattutto), quando l’eterogeneità strutturale è espressione di un mutamento dei presupposti fattuali o normativi della fattispecie penale, non è sempre così lineare affermare (o negare) che «la nuova fattispecie si presenta come il *nucleo essenziale*, anche per il nuovo legislatore, della *fattispecie precedente*». Se il nuovo giudizio di tipicità si fonda sulla valorizzazione, nel quadro del giudizio di offensività, di un elemento costitutivo ‘ulteriore’ rispetto a quelli originari, che nell’ottica del legislatore è diventato ‘essenziale’ per giustificare il bisogno e la meritevolezza di pena, si può *non irragionevolmente* sostenere che, sul piano teleologico, la riformulazione legislativa corrisponda ad una riconsiderazione dei valori in gioco e dello stesso ‘nucleo essenziale’ dell’illecito<sup>89</sup>; d’altra parte, è sintomatico che anche la più attenta dottrina strutturalista riconosca come il rapporto di specialità «può spesso evidenziare proprio una differenziazione tra gli interessi protetti, nella misura in cui alla presenza degli elementi specializzanti consegua un mutamento sul piano dell’oggettività giuridica<sup>90</sup>».

Il fatto stesso di inquadrare assiologicamente la “specializzazione” nello slittamento di tutela da un piano mediato (o strumentale) ad un piano immediato (o finale) è il precipitato teorico di un apprezzamento dei valori in gioco che non si presta, in quanto tale, a conclusioni generalizzanti. Spostandosi poi dal piano assiologico a quello politico-criminale – espressivo della “reale” volontà del legislatore – la riformulazione normativa può costituire effettivamente la

---

<sup>89</sup> La relatività del giudizio teleologico emerge icasticamente nelle argomentazioni di quel nutrito filone dottrinale che – pur aderendo espressamente all’approccio strutturale – attribuisce un diverso valore a particolari elementi “aggiuntivi” che (assiologicamente considerati) possono avere un “peso tale” da imporre effetti di totale discontinuità rispetto al passato: in questo senso si veda, ad esempio, DI MARTINO, *Successione di leggi*, cit., p. 535 (che significativamente muove da presupposti teorici analoghi a quelli sviluppati da Pulitanò) e SEVERINO, *Successione di leggi*, cit., p. 7.

<sup>90</sup> Così G. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 7, che continua: «pur potendo essere in qualche modo implicati nel rapporto di specialità gli interessi protetti, è, come è stato giustamente rilevato, la relazione di *genus ad speciem* che si riflette sul piano dell’oggettività giuridica e non viceversa» (si veda anche l’ampia bibliografia *ivi* citata alla nota n. 11); nello stesso senso, tra gli altri, anche F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., p. 119.

manifestazione implicita di un « colpo di spugna », di una « volontà di chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro »<sup>91</sup>.

L'asserita convergenza tra prospettiva *logica* e *teleologica* costituisce pertanto – nella misura della sua relatività – una circostanza non elevabile a tratto caratterizzante del paradigma strutturale, che, al contrario, può rimanere “freddo” rispetto ai valori sostanziali sottesi alla fattispecie legale, “indifferente” (o addirittura “divergente”) rispetto alla linea politico-criminale effettivamente perseguita dal legislatore con l'intervento normativo<sup>92</sup>.

Anzi, occorre coerentemente riconoscere come questa “neutralità finalistica”, se da una parte si concilia con il metodo della legalità formale ed assicura la certezza degli esiti applicativi, dall'altra rischia di scontrarsi quantomeno con la ‘percezione’ della giustizia sostanziale: *sia* imponendo effetti di continuità normativa in situazioni considerate di rottura sostanziale, *sia* – più spesso – imponendo drastici risultati abolitivi anche in relazione a fatti storici ritenuti ancora meritevoli di sanzione penale.

#### 4.5. *Un caso paradigmatico: l'abrogazione della leva obbligatoria e la negazione degli effetti di abolitio criminis*

Le resistenze al pieno recepimento dell'*abolitio criminis* parziale e, più in generale, del modello strutturale di delimitazione degli effetti abolitivi della riformulazione dei reati, sono emerse in modo addirittura eclatante, di recente, in relazione ai riflessi della riforma del servizio di leva sui reati militari<sup>93</sup>, allorché si trattava di applicare la disciplina della iperretroattività favorevole alle sentenze di irrevocabili condanna, cioè rispetto ai fatti passati in giudicato che

<sup>91</sup> In questa prospettiva sono significative le osservazioni di DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1243 s. e 1274 s., in relazione alla valutazione teleologica delle nuove fattispecie di false comunicazione sociali, che – in netta antitesi rispetto al giudizio (parimenti) assiologico di Pulitanò sul punto – costituiscono un'ulteriore conferma della relatività di ogni giudizio valoriale; sulle diverse opzioni politico-criminali sottese alle modifiche normative, cfr. ampiamente MICHELETTI, *I nessi*, cit., p. 1124 ss.

<sup>92</sup> Da questo punto di vista risulta quindi condivisibile anche la perspicua osservazione di ROMANO, *Irretroattività*, cit., p. 1254 ss.: «l'importanza della struttura delle norme è fuori discussione e il rapporto di specialità può realmente accreditarsi come il terreno principale da quale muovere» ma «in sé presa, la specialità è, se non proprio muta, quanto meno “fredda”».

<sup>93</sup> La l. 14 novembre 2000 n. 331 recante «Norme per l'istituzione del servizio militare professionale» ed il successivo d. lgs. 8 maggio 2001 n. 215 hanno sostanzialmente istituito il reclutamento militare su base esclusivamente professionale, *sospendendo* il servizio di leva obbligatorio: cfr. BRUNELLI-MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2007, p. 233 ss.

rientrassero nelle sottofattispecie tipiche oggetto di *abolitio criminis* a seguito della riforma.

La Corte di Cassazione, infatti, pur riconoscendo *espressamente* come l'intervento legislativo di riforma della leva avesse determinato una ridefinizione del "fatto tipico" descritto da talune fattispecie penali militari<sup>94</sup>, «che non ricomprende più la condotta penalmente sanzionata dalle precedenti disposizioni legislative<sup>95</sup>», ha ciò nondimeno escluso l'applicabilità della disciplina dell'*abolitio criminis* e ricondotto la successione normativa alla regola dell'art. 2 comma 4 c.p., conseguentemente affermando che la nuova fattispecie («per la quale la condotta ... non è più reato») potesse trovare applicazione solo a condizione che non fosse già stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna<sup>96</sup>. Secondo l'argomentazione della suprema Corte, l'intervento legi-

<sup>94</sup> Si tratta dei reati di *Diserzione* (art. 148 c.p.m.p.), di *Mancanza alla chiamata* (art. 151 c.p.m.p.), di *Renitenza alla leva* (artt. 135 e 138 d.P.R. 14 febbraio 1964 n. 237) e di *Rifiuto di prestare il servizio militare per motivi di coscienza* (art. 14, comma 2 l. 8 luglio 1998 n. 230), tutte fattispecie che contemplano elementi normativi che in qualche modo fanno riferimento al servizio militare di leva, *originariamente* obbligatorio e *successivamente* abolito (*rectius*: sospeso) dai citati provvedimenti legislativi: sui riflessi penali intertemporali della riforma, cfr. BRUNELLI, *Rilevanza penale dell'abolizione del servizio militare obbligatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1681 ss.; RISICATO, *Successione di norme integratrici e mancanza alla chiamata di leva: si consolida il revirement della Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1633 ss.; PARDINI, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 616 ss.; MICHELETTI, *Legge penale*, cit., p. 520 ss.; GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 759 ss.

<sup>95</sup> In questi termini, ad esempio, Cass., Sez. I, 23 marzo 2007, P.G. in proc. Ramundo, in *CED Cass.*, n. 236224.

<sup>96</sup> Per questo prevalente orientamento giurisprudenziale, *leading case* è Cass., Sez. I, 2 maggio 2006, Brusafferri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1633 ss.; nello stesso senso, *ex multis*, Cass., Sez. I, 11 aprile 2006, Gabriele, in *CED Cass.*, n. 234623; Cass., Sez. I, 30 gennaio 2007, Prinno, in *CED Cass.*, n. 236187; Cass., Sez. I, 23 marzo 2007, n. 12363, cit.; Cass., Sez. I, 5 luglio 2007, Marini, in *CED Cass.*, n. 231723; Cass., Sez. I, 30 ottobre 2008, n. 47011, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 16 giugno 2008, n. 24421, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 28 maggio 2008, n. 24425, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2008, n. 43156, in *DeJure*; da ultimo, ancora, Cass., 12 gennaio 2009, n. 607, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 21 gennaio 2009, n. 2480, in *DeJure*; minoritaria la tesi che, motivando sulla base della avvenuta "abolizione" (e non mera "sospensione", come invece sostenuto dalla tesi maggioritaria) del servizio di leva obbligatorio, riconosce l'applicabilità del comma 2 dell'art. 2 c.p. e la conseguente revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato (*leading case* di questo orientamento è Cass., Sez. I, 10 febbraio 2005, Caruso, in *Cass. pen.*, 2006, p. 418 ss.; si veda anche Cass., Sez. I, 24 gennaio 2006, Bova, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 614 s.); quasi isolata in giurisprudenza, infine, la tesi che sostiene il carattere *non integrativo* dell'elemento normativo richiamato dalla fattispecie in esame e la conseguente inapplicabilità della disciplina dell'art. 2 c.p. (cfr.

slativo non ha abrogato *integralmente* l'ipotesi delittuosa in relazione a cui si chiedeva la revoca della sentenza passata in giudicato, «ma ha determinato una semplice successione di leggi lasciando inalterata la menzionata fattispecie criminosa, che continua ad applicarsi a speciali situazioni e in determinate ipotesi<sup>97</sup>»: per questo motivo, la disciplina applicabile non sarebbe quella (a retroattività illimitata) dell'*abolitio criminis* bensì quella (a retroattività limitata) della successione modificatrice.

La vicenda della sospensione del servizio obbligatorio della leva militare poneva, a monte, il problema della reale o apparente “funzione integratrice” degli elementi normativi richiamati dalla fattispecie penale<sup>98</sup>; tuttavia – per quanto in questa sede interessa evidenziare – una volta risolta tale *quaestio*, l'alternativa dovrebbe essere d'obbligo: o la modifica legislativa ha ad oggetto elementi normativi *non integrativi* della norma incriminatrice, ed allora la disciplina dell'art. 2 c.p. non è in nessun caso applicabile, non essendo configurabile né un'ipotesi di *abolitio criminis*, né una modifica favorevole al reo, bensì una mera “successione di leggi” (extrapenali) irretroattiva secondo le regole generali dell'ordinamento giuridico (art. 11 disp. prel. c.c.)<sup>99</sup>; oppure la modifica di elementi normativi della fattispecie penale *integra* (e quindi modifica) il precetto<sup>100</sup> – opzione a cui chiaramente aderiscono nel caso *de quo* le

---

Cass., Sez. I, 19 luglio 2005, P.F., in *Cass. pen.*, 2006, p. 1807 s.); per un quadro pressoché completo del panorama giurisprudenziale, aggiornato al gennaio del 2008, cfr. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 759 ss.

<sup>97</sup> Così, ad esempio, Cass., Sez. I, 14 maggio 2008, n. 24421, cit.; Cass., Sez. I, 28 maggio 2008, n. 24425, cit.; Cass., 23 ottobre 2008, n. 43156, cit.; Cass., Sez. I, 25 novembre 2008, n. 607, cit.

<sup>98</sup> L'attuale arresto giurisprudenziale in materia (individuabile in Cass., Sez. un., 27 settembre 2007, Magera, cit.) sembra infatti risolvere in questo senso la problematica della successione “mediata” di leggi penali; per un approfondimento di questa tematica, ancora vivacemente discussa, si vedano i riferimenti dottrinali alla precedente nota n. 5.

<sup>99</sup> È infatti questa la soluzione cui giunge, coerentemente, GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 784, muovendo dal presupposto del carattere solo “apparentemente integrativo” dei concetti normativi delle fattispecie penali interessati dalla riforma legislativa del servizio di leva; alla stessa conclusione, ma sulla base di un diverso percorso argomentativi, BRUNELLI, *Rilevanza penale*, cit., p. 1689 s.; peculiare la posizione di MICHELETTI, *Legge penale*, cit., che ritiene la normativa sul servizio militare di leva sì *integrativa* del precetto ma qualificabile come legge *temporanea* e pertanto disciplinata dall'art. 2, quinto comma, c.p. (quindi in deroga rispetto a secondo, terzo e quarto comma).

<sup>100</sup> Secondo l'opinione, ad esempio, di M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, cit., p. 122 s.; alla medesima conclusione perviene, nel caso in esame, RISICATO, *Successione di norme*, cit., p. 1648 ss., sulla base tuttavia dell'argomentazione, diffusa in dottrina, secondo



pronunce della Cassazione sopra richiamate – ed allora si realizza una normale ipotesi di “successione di leggi penali”, in cui gli eventuali effetti di *abolitio criminis* (totale o parziale) sono individuabili sulla base del criterio del confronto strutturale tra gli elementi normativi (integrativi) in successione, in linea con gli insegnamenti della sentenza *Giordano*.

Affermare, invece, come fa la Cassazione in merito alle ipotesi suddette, che la modifica di una norma integratrice del precetto penale (che *necessariamente* si riflette sull'*estensione* del fatto tipico) realizza una mera successione modificativa di leggi penali (inquadrabile nel paradigma dell'art. 2, quarto comma c.p.), significa rispolverare addirittura quel vecchio e ormai obsoleto criterio “nominalistico”, che, riconoscendo gli effetti abolitivi dell'art. 2, secondo comma c.p. esclusivamente alle abrogazioni “integrali” di fattispecie incriminatrici<sup>101</sup>, si pone in palese e diretta antinomia con la disciplina positiva

---

cui, nel caso di successione “mediata” di norme penali, occorre fare riferimento non tanto al carattere integrativo del concetto normativo, bensì alla continuità di rilevanza penale del “fatto storicamente determinato” (in questo senso, *ex multis*, già PADOVANI, *Tipicità e successione*, cit., p. 1358); così anche CAPPITELLI, *Breve nota intorno alla inevitabile fine dei reati di mancata presentazione alle armi*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 422 s.

<sup>101</sup> Il riferimento è all'orientamento, prevalente nella manualistica penale del secolo scorso e talora espressamente recepito nella giurisprudenza, che relegava l'ambito di operatività dell'*abolitio criminis* esclusivamente alle abrogazioni *integrali* del “tipo” criminoso (c.d. abrogazione ‘assoluta’), inquadrando viceversa nella disciplina della successione modificativa favorevole dell'art. 2, terzo comma (ora quarto), c.p., non solo le modifiche normative *in bonam partem* attinenti alle sanzioni, alla punibilità o alla procedibilità, ma anche quelle relative alla “quantità” degli elementi costitutivi del fatto, cioè modifiche del contenuto precettivo della fattispecie penale: in questo senso, *ex multis*, PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, I, Napoli, 1955, p. 138; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 119; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, p. 356 (si veda in particolare la nota n. 12); CAVALLO, *Diritto penale*, Napoli, 1962, p. 423; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1962, p. 131; RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1968, p. 67; nello stesso senso anche MAGGIORE, voce *Successione di leggi penali*, in *Nuovo dig. il.*, vol. XII, Torino, 1940, p. 981; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1956, p. 54; LEVI, *Codice penale illustrato*, Milano, 1931, p. 81; tale approccio, peraltro, è storicamente riscontrabile nell'opera fondamentale di GABBA, *Della retroattività in materia penale*, Pisa, 1869, p. 149 s. Ancora più esplicito l'orientamento della giurisprudenza: si veda Cass., 22 febbraio 1963, in *Riv. pen.*, 1964, II, p. 457 ss., con nota adesiva di GRANATA, *La querela nella successione della legge penale nel tempo (a proposito delle lesioni fra congiunti)*, *ivi*, p. 436 ss.; Cass., Sez. I, 22 giugno 1964, Gastic, in *Giust. pen.*, 1965, II, c. 205 secondo cui «la previsione dell'art. 2 commi 1 e 2 c.p., si riferisce all'ipotesi in cui la novità legislativa investa il tipo stesso del reato, cioè quando la legge successiva incrimini un comportamento radicalmente nuovo od abroghi il precetto penale per il quale il comportamento costituiva reato»; in termini non dissimili Cass., Sez. III, 13 maggio 1958,

dell'*abolitio criminis*, i cui effetti iperretroattivi, anche parziali, sono oggi inequivocabilmente imposti dal principio di retroattività favorevole e scolpiti sul piano strutturale della tipicità.

È significativo notare, peraltro, come nella maggior parte dei casi le opinabili argomentazioni svolte dalla Cassazione nella vicenda in esame vengano fatte poggiare su una lettura impropria della sentenza *Giordano*: talora ulteriormente valorizzando, con una chiara eterogenesi dei fini, proprio gli spazi funzionali ancora concessi ai criteri sostanziali<sup>102</sup>, talaltra incredibilmente sostenendo che l'insegnamento delle Sezioni unite sarebbe proprio nel senso di ricondurre alla disciplina del quarto comma dell'art. 2 c.p. la «successione di leggi penali con effetto parzialmente abrogativo in relazione a quei fatti, commessi prima della entrata in vigore delle nuove norme, che non siano riconducibili alle nuove fattispecie criminose<sup>103</sup>».

A ben vedere, lo stravolgimento delle regole dell'art. 2 c.p. – in questo caso con una arbitraria limitazione degli effetti di retroattività favorevole – è sempre strumentale a garantire un “migliore” adattamento degli effetti intertemporali ad esigenze contingenti, variabilmente fondate su calcoli di economia processuale o, più frequentemente, su valutazioni di maggiore aderenza ad istanze di giustizia sostanziale, rispetto alle quali il rigido formalismo dei criteri strutturali può condurre a risultati “sostanzialmente” non condivisibili<sup>104</sup>. In questa prospettiva, una perdurante elasticità delle regole sulla successione di leggi penali nel tempo, assicurata dal ricorso residuale agli “apporti valutativi”, attribuisce alla giurisprudenza una sorta di potere di decidere “secondo equità”, eventualmente anche correggendo gli esiti, avvertiti come iniqui o comunque eccentrici

---

Maraucci, in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 1061, secondo cui la riformulazione del reato che richiede ulteriori elementi per l'integrazione del tipo configura una semplice ipotesi di legge più favorevole regolata dal terzo comma dell'art. 2 c. p.; più recentemente ancora Cass., 30 settembre 1981, De Vitto, in *CED Cass.*, n. 900026.

<sup>102</sup> Cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 23 ottobre 2008, n. 43156.

<sup>103</sup> Così testualmente Cass., Sez. I, 25 novembre 2008, n. 206.

<sup>104</sup> Nel caso dell'abrogazione della leva obbligatoria, ad esempio, gli amplissimi effetti di *abolitio criminis* delle fattispecie di diserzione, renitenza, rifiuto etc. derivanti dalla rigorosa applicazione del criterio strutturale, che avrebbero comportato la revoca di tutti i fatti precedentemente commessi, possono effettivamente essere percepiti come “eccentrici” rispetto alla volontà del legislatore (che si è limitato a «sospendere» l'obbligatorietà del servizio militare) ed “eccessivi” rispetto al perdurante giudizio di disvalore sociale di tali condotte.

rispetto alla *voluntas legis*<sup>105</sup>, del giudizio strutturale condotto sul piano (“freddo”) della tipicità. Sono tuttavia istanze, per quanto talora condivisibili negli scopi, che non legittimano l’interprete (*in primis* i giudici) a discostarsi dagli stringenti vincoli imposti dal “principio di legalità”, che ha nella “legge” – e non nella volontà del legislatore o in “valori” di giustizia sostanziale esterni al dettato normativo – il proprio referente unico e insostituibile<sup>106</sup>, nonché il migliore presidio sia dagli abusi del legislatore – grazie alla possibilità di esperire sindacato di costituzionalità sulla legge parlamentare – sia da quelli, non meno intollerabili, della magistratura.

È sempre sul piano “della legalità”, pertanto, che si devono cercare gli eventuali e legittimi correttivi dei confini della continuità normativa segnati dalla “forma tipica” della fattispecie legale astratta.

#### 4.6. *La previsione di specifiche norme transitorie e i limiti di derogabilità delle regole intertemporali*

L’adesione incondizionata al modello strutturale “puro” di definizione degli effetti intertemporali della successione di leggi incriminatrici non implica la necessaria ed inevitabile accettazione di risultati normativi *effettivamente* “iniqui”: per fare fronte a tali ipotetiche situazioni, evitando al contempo di consegnarle alla discrezionalità giudiziaria, è il legislatore stesso che – seguendo le indicazioni della dottrina più autorevole<sup>107</sup> – dovrebbe intervenire *direttamente* sugli esiti intertemporali attraverso la previsione di apposite norme di *diritto*

<sup>105</sup> Per una efficace panoramica si rinvia ancora a MICHELETTI, *I nessi*, cit., p. 1121 ss. la cui analisi è ripresa da ALAGNA, *Tipicità*, cit., p. 149 ss.

<sup>106</sup> In questo senso, sul piano della legalità diacronica, il vincolo al confronto strutturale tra fatti tipici (quindi vincolo esclusivo alla “legge”) costituisce presidio imprescindibile di una “legalità uguale per tutti”, secondo la fondamentale lezione di PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1290; sulla stessa linea, limpidamente, ALAGNA, *Tipicità*, cit., p. 154: «la struttura, in sostanza, lungi dall’essere disfunzionale rispetto alla logica della legislazione è l’unico baluardo ermeneutico sostenibile e utilizzabile per garantire la sovranità della legge, soprattutto quando aggredita da linee di politica criminale ampiamente anomale e per certi versi abusive. La lettura in termini di discontinuità deontologica (...) non tutela la sovranità della legge, ma un principio di realtà che, se difficilmente si può considerare alla stregua dei cardini dello Stato di diritto, favorisce una sorta di prevaricazione da parte della società immaginata dal legislatore nei confronti di quella passata».

<sup>107</sup> L’auspicio a ricorrere più alacramente al diritto transitorio proviene da larga parte della dottrina penalistica; si veda, per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 58; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., p. 1378; recentemente, le possibili modalità di ricorso al diritto transitorio sono approfondite da MICHELETTI, *I nessi*, cit., p. 1138 ss.

*transitorio*, che, a seconda dei casi, *estendano* o *restringano* gli effetti abolitivi in relazione ai fatti pregressi. In questa prospettiva, peraltro, le geometrie della teoria strutturale opportunamente assicurano la prevedibilità dei risultati applicativi, permettendo di valutarli *ex ante* ed eventualmente di correggerli, manifestando *espressamente* la ‘reale’ volontà parlamentare: una soluzione che, da una parte, precluderebbe opinabili operazioni di ortopedia ermeneutica orientate al raggiungimento di quei risultati intertemporali al costo di una indebita manipolazione della disciplina dell’art. 2 c.p. (e di potenziali derive della legalità) e, dall’altra, imporrebbe al legislatore – privato di un sottile “artificio normativo” – una chiara assunzione di responsabilità (*politica*) per le proprie opzioni di politica-criminale.

La previsione di norme specifiche di *diritto transitorio* derogatorie rispetto alle norme generali di *diritto intertemporale*<sup>108</sup> corrisponde peraltro alla linea direttrice indicata a chiare lettere dalle stesse Sezioni Unite, proprio nella sentenza *Giordano*: «*le regole dell’art. 2 c.p. infatti sono derogabili sia nel senso della c.d. ultrattività o meglio della perdurante attività (art. 2, comma 4 c.p.) quando manca la continuità, sia nel senso della esclusione della continuità, quando ne ricorrerebbero le condizioni*». È un’affermazione ‘forte’, che, proprio in ragione della nettezza con cui è espressa, desta qualche perplessità ed impone un’importante precisazione: presupposto della possibilità di ricorrere al diritto transitorio è infatti la piena “disponibilità” in capo al legislatore della gestione intertemporale delle modifiche normative nella materia penale. A ben vedere, rimangono margini di manovra molto ridotti, in quanto le regole positivizzate dall’art. 2 c.p. esprimono principi direttamente o indirettamente sanciti dalla nostra Costituzione<sup>109</sup>: non solo il principio di *irretroattività della legge*

<sup>108</sup> In particolare, le norme di “diritto intertemporale” sono qualificabili come *leggi di conflitto*, in contrapposizione a quelle di “diritto transitorio”, qualificabili come *leggi di transizione* in quanto funzionali a risolvere specifiche questioni di successione fissando apposite regole intermedie di validità temporale delle leggi: per questa distinzione e per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici, si veda SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi*, cit., p. 4 s.; nella letteratura italiana, la paternità di tale distinzione dovrebbe essere attribuita a RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 220; precedentemente già QUADRI, *Natura del diritto e altri problemi*, Napoli, 1965 (ristampa), p. 29 ss., utilizzava l’espressione “diritto intertemporale” per inquadrare tutto il complesso dei fenomeni in cui il fattore tempo incide sui rapporti tra legge e fatto; un recente approfondimento terminologico in MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, cit., p. 94 ss.

<sup>109</sup> Per un efficace affresco della giurisprudenza costituzionale sul punto, cfr. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli 2006, 89 ss.; per l’affermazione del carattere materialmente costituzionale della disciplina dell’art. 2

*sfavorevole*, espressamente scolpito nell'art. 25 Cost. – e dotato di un carattere tendenzialmente “assoluto” – ma anche il principio di *retroattività della legge favorevole*, al quale il giudice delle leggi ha progressivamente riconosciuto il rango di principio fondamentale nel nostro ordinamento, ancorandolo al canone costituzionale dell'uguaglianza (art. 3 Cost.), nonché a norme di diritto sovranazionale (comunitario e internazionale)<sup>110</sup> la cui forza vincolante è sempre più stringente nel nostro ordinamento giuridico<sup>111</sup>.

Conseguentemente, i limiti entro cui il legislatore ordinario può derogare (*in malam partem*) alla regola dell'art. 2, secondo comma, c.p. sono quelli delle legittime “eccezioni” al principio della *lex mitior*: tali deroghe, come ha puntualizzato ancora di recente la Corte Costituzionale, devono superare il “vaglio positivo”<sup>112</sup> della *ragionevolezza*: si tratta di un controllo, tuttavia, che risulta particolarmente rigido proprio in merito alle ipotesi di *abolitio criminis*,

---

c.p., già in passato, in posizione tuttavia quasi isolata, PAGLIARO, *Legge penale*, cit., p. 1063; ID., *Principi di diritto penale*, cit., p. 115 s. (sulla base però del principio del *favor rei*) e M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, cit., p. 118 (sulla base di una lettura “sostanziale” dell'art. 25 Cost.).

<sup>110</sup> Lo statuto costituzionale attuale della retroattività favorevole è delineato soprattutto nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 393 e n. 394 del 2006 e n. 72 e n. 215 del 2008; le fonti sovranazionali richiamate dalla giurisprudenza costituzionale sono l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 49 del Trattato di Lisbona (*ex* Carta di Nizza); il principio della *lex mitior* è stato inoltre espressamente riconosciuto come “diritto fondamentale dell'ordinamento giuridico europeo” dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, nella nota sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri; da ultimo, si veda anche la presa di posizione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; per l'analisi di queste decisioni ed approfondimenti sul tema, si vedano i riferimenti dottrinali alla precedente nota n. 4; sul *progressivo* consolidamento costituzionale del principio di retroattività favorevole, già, fondamentalmente, VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 377 ss.

<sup>111</sup> La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale è ormai un dato acquisito nel nostro ordinamento; per un quadro dei diversi modelli di interazione in materia penale, cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europea vigente*, Milano, 2007; anche la forza vincolante della C.E.D.U. ha trovato, come noto, un importante riconoscimento nel sistema delle fonti con le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 2008: cfr., per tutti, CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.; nella prospettiva penalistica, si veda VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito, suppl. n. 12*, 2008, p. 81 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

<sup>112</sup> Cfr., in particolare, C. cost. n. 393 del 2006: «lo scrutinio di costituzionalità *ex* art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole»; negli stessi termini C. cost. n. 72

che normalmente ratificano il radicale venir meno del “giudizio di disvalore astratto” di una classe di fatti, cioè il profilo a cui i giudici delle leggi hanno più puntualmente ancorato la *ratio* costituzionale della retroattività favorevole<sup>113</sup>. In relazione a questi casi – alla cui forza retroattiva non è opponibile neanche lo sbarramento del giudicato – due situazioni legittimamente derogatorie sono già espressamente previste dallo stesso art. 2 c.p., che al quinto comma 5 fa riferimento alle “leggi eccezionali o temporanee”: in queste ipotesi – come noto – è un’esigenza di logica normativa, ancor prima che un’opzione politica, a legittimare un trattamento intertemporale derogatorio rispetto al vincolo della retroattività della *lex mitior*<sup>114</sup>.

e n. 215 del 2008; in dottrina, per una valorizzazione di questo profilo, si veda soprattutto PULITANÒ, *Retroattività favorevole*, cit., p. 956 s.

<sup>113</sup> Cfr. C. cost. n. 394 del 2006: «Il principio della retroattività *in mitius* è legato, dunque, ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali (...) Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore»; e, più esplicitamente, ancora C. cost. n. 215 del 2008: «per il principio di uguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'*abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa»; coerentemente con questa impostazione, una deroga alla retroattività favorevole è stata ritenuta “ragionevole” in relazione al regime dei nuovi e più brevi tempi di prescrizione del reato da C. cost. n. 72 del 2008; sulla stretta connessione tra retroattività *in mitius* e offensività, si veda dapprima e per tutti, PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 365; sottolinea la forza costituzionale “differenziata” della retroattività favorevole in relazione ai diversi profili della legge penale, PULITANÒ, *Retroattività favorevole*, cit., p. 950 ss., che evidenzia come in relazione alle modifiche normative che restringono il perimetro del fatto tipico «il principio di retroattività della *lex mitior* ha uno statuto costituzionale fortissimo, ragionevolmente accostabile a quello del principio di legalità»; nello stesso senso, anche in una prospettiva comparatistica, DODARO, *Principio di retroattività*, cit., p. 4118 ss. e SCOLETTA, *Berlusconi e el principio de retroactividad*, cit., p. 377.

<sup>114</sup> Sulla *ratio* del regime intertemporale delle leggi eccezionali, cfr., per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 283 s., con puntuale riferimento alle inequivocabili precisazioni dei *Lavori preparatori del codice penale*; per ampi riferimenti dottrinali sul punto, cfr. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 346, nota n. 89; sulla diversa e dibattuta questione della successione di norme eccezionali, cfr. da ultimo FALCINELLI, *L’eccezione “retroattiva”: il passaggio e nord-ovest per la successione di norme eccezionali e temporanee favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2890 ss.



Ulteriori eccezioni agli effetti strutturali di *abolitio criminis* non possono essere analogicamente e implicitamente desunte dalla valorizzazione del carattere di “eccezionalità” o di “temporaneità” che, suppostamente, sarebbe proprio di alcune leggi (penali o integratrici del precetto) tradizionalmente non riconducibili a tale categoria: questa soluzione – approfonditamente sviluppata (in relazione alle modifiche mediate) in un recente lavoro monografico<sup>115</sup> e che sostanzialmente aggalla anche nella sentenza *Giordano*<sup>116</sup> – si scontra, in primo luogo, con la *tassatività* del concetto di “legge eccezionale” e “temporanea”<sup>117</sup> e, in secondo luogo (e soprattutto), riconsegnerebbe ancora una volta alla discrezionalità dell’interprete il compito di cogliere nella legge i segnali ‘oracolari’ del carattere temporaneo o eccezionale e quindi derogatorio della disciplina intertemporale dell’art. 2 c.p.

D’altra parte, tuttavia, le ipotesi più problematiche individuate dalla dottrina ed evocate dalle Sezioni unite della Cassazione («reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria») possono effettivamente focalizzare successioni normative in cui al riconoscimento di una *abolitio criminis* strutturale non corrisponda quel “mutamento del giudizio di disvalore del fatto” preclusivo di deroghe legislative alla retroattività *in mitius*; proprio in tali eccezionali contesti si schiuderebbero gli spazi per una legittima correzione della disciplina dell’art. 2, secondo comma c.p., ma non

---

<sup>115</sup> MICHELETTI, *Legge penale*, cit., *passim* (si veda soprattutto p. 343 ss. e p. 453 ss.; riassuntivamente, p. 571 ss.).

<sup>116</sup> Cfr. il seguente passaggio argomentativo di Cass., Sez. un., 26 marzo 2006, n. 25887, cit.: «è quindi possibile che nella legge successiva vi siano elementi indicativi della volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei reati commessi in precedenza, benché esistano le condizioni per l’applicabilità della regola dell’art. 2, comma 3, c.p. Si pensi per esempio a reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria e a una legge, diretta al tempo stesso a modificare tale situazione e la disciplina penale, la quale, pur stabilendo che alcuni fatti continuano a costituire reato, intenda escluderne per il passato la punibilità: chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro, nel presupposto che la situazione politica, economica, sociale o anche giudiziaria che quei reati aveva originato, e in qualche modo giustificato, o che ne ha reso comunque problematico e discutibile il perseguimento richieda un cambiamento che si proietti verso il passato fino al punto della totale abolizione dei reati precedentemente commessi».

<sup>117</sup> GATTA, *Abolitio criminis*, cit., p. 346 ss., che richiama, fra l’altro, l’autorevole e chiara precisazione di GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 358, secondo il quale «la temporaneità non va confusa con la contingibilità» relativa, quest’ultima, ad aspetti sociologici e politici, comunque estrinseci alla legge, inidonei a giustificare la disciplina intertemporale dell’art. 2, quinto comma c.p.

arbitrariamente esercitabile per via giudiziaria<sup>118</sup>, bensì espressamente sancita da specifiche disposizioni transitorie. Sono situazioni riscontrabili soprattutto in relazione alla successione “mediata” da norme extrapenali ritenute integratrici della fattispecie penale (o comunque attratte nella disciplina abolitiva del comma 2 c.p.)<sup>119</sup>, ma anche in ipotesi di modifiche “immediate” della fattispecie che si realizzino, ad esempio, attraverso la sostituzione o l’introduzione di presupposti o procedure “normative” *direttamente* richiamati nella struttura formale del tipo<sup>120</sup>: può infatti accadere che alla modifica (o alla sostituzione) dell’elemento normativo (o del suo contenuto) – astrattamente modificativa del precetto penale e pertanto produttiva di effetti di *abolitio criminis* sul piano del confronto logico-strutturale – non corrisponda un reale venir meno del significato offensivo fatto originariamente commesso; ciò renderebbe “ragionevole”, quindi costituzionalmente legittima, una specifica previsione legislativa che,

<sup>118</sup> Secondo il modello di giudizio di continuità teorizzato e sviluppato in forma più completa soprattutto da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Turina, cit.

<sup>119</sup> Lo stesso PULITANÒ, *Retroattività favorevole*, cit., p. 950, nota n. 12, sembra ammettere proprio in relazione a queste ipotesi (nella specie in relazione alla modifica della definizione legale del “piccolo imprenditore”, che sul piano strutturale determina indubbiamente effetti di *abolitio criminis*) la possibile previsione di norme transitorie ragionevolmente derogatorie rispetto alla *lex mitior regel*.

<sup>120</sup> Sono, peraltro, proprio le particolari vicende successive prese in esame da Padovani nei paragrafi finali del suo saggio (cfr. ID., *Tipicità e successione*, cit., p. 1384 ss., in relazione alla vicenda dei reati di aborto su donna consenziente e a quelli di inquinamento idrico) e non dissimili dalle ragioni che giustificavano, già su un piano generale, una disciplina intertemporale derogatoria per le leggi finanziarie *ex art. 20 l. n. 4 del 1929* (cfr. *ibidem*, p. 1379 ss.); d’altra parte, alcune delle vicende intertemporali più discusse, anche di recente, si riferivano proprio a modifiche di presupposti normativi del tipo penale che rendevano la struttura legale della fattispecie riformulata “eterogenea” rispetto a quella originaria, senza che tuttavia a tale disomogeneità strutturale corrispondesse uno speculare e incondizionato mutamento del significato di disvalore attribuibile ai fatti tipizzati dalla norma abrogata, ma l’assenza di una norma transitoria rendeva tuttavia senz’altro inquadrabile la successione di leggi nello schema tipico dell’*abolitio criminis* “totale”: cfr. soprattutto Cass., Sez. un., 9 maggio 2001, Donatelli, cit., in materia di occupazione di lavoratori extracomunitari a seguito del cambiamento dei presupposti normativi (espressamente richiamati nella fattispecie incriminatrice) che ne regolano le modalità di assunzione regolare; non dissimile il problematico caso – richiamato nel paragrafo precedente – della sospensione del servizio di leva: anche in tale situazione esistevano probabilmente dei margini di (espressa) derogabilità dei risultati abolitivi del confronto strutturale, nella misura in cui il legislatore ritenga che alla modifica del servizio di leva non corrisponda un effettivo mutamento del disvalore dei fatti pregressi (una norma transitoria in tal senso sarebbe stata comunque sottoposta al giudizio di legittimità della Corte Costituzionale, funzionale a verificarne i presupposti ragionevolezza e non obiettivi eccentrici di mascherati privilegi).

derogando al rigore applicativo dell'art. 2 secondo comma c.p., impedisse o limitasse gli effetti (abolitivi) della retroattività favorevole.

Rimane da considerare, infine, la legittimità di una norma di diritto transitorio che, al contrario, estenda (*in bonam partem*) gli effetti retroattivi dell'*abolitio criminis* 'oltre' i confini geometricamente tracciati dal confronto strutturale tra le fattispecie in successione<sup>121</sup>. Anche la plausibilità di una previsione transitoria di tal fatta incontra un rigido sbarramento costituzionale: il risultato che deriverebbe da tale estensione degli effetti abolitivi in relazione a fatti sempre – *oggi come ieri* – previsti dalla legge come reato, sarebbe infatti quello tipico del provvedimento legislativo di "amnistia", per l'adozione del quale la Costituzione espressamente prevede, all'art. 79, una maggioranza parlamentare "qualificata"<sup>122</sup>; né sembrano individuabili dei margini per distinguere, all'interno della categoria dei fatti "a tipicità costante" nel passaggio normativo diacronico, ipotesi di "mera clemenza" (coperte dall'art. 79 Cost.) da ipotesi clemenziali sottratte invece al vincolo costituzionale<sup>123</sup>. D'altra par-

<sup>121</sup> È il problema che – come noto – si è posto in occasione della riforma dei reati societari, dove un filone giurisprudenziale e dottrinale ha sostenuto la produzione di effetti di *abolitio criminis* "totale" (al posto di quella parziale ritagliata sul piano strutturale), ritenendo così di meglio di interpretare la volontà legislativa di completa rottura rispetto al passato, nonché di fare fronte a realistiche esigenze di economia processuale (alla luce degli effetti prescizionali che avrebbero presumibilmente reso vana la prosecuzione dei processi).

<sup>122</sup> Si veda, efficacemente in questo senso, PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., soprattutto p. 1301 ss., secondo il quale deroghe *in bonam partem* «non potrebbero essere introdotte nemmeno dal legislatore per contrasto con il principio di legalità. O meglio: per il loro contenuto di discontinuità con la legalità non potrebbero essere altrimenti presentate che come contenuto di provvedimenti di clemenza: l'amnistia occulta potrebbe, teoricamente, divenire palese nelle forme e con il *quorum* richiesto dall'art. 79 Cost.»; in senso opposto, invece, DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2857 ss., che – anticipando la tesi poi sostanzialmente ripresa dalla sentenza *Giordano* – rivendica all'interprete il compito e il diritto di rintracciare nella fattispecie 'riformulata', quand'anche strutturalmente 'speciale' rispetto a quella originaria, la volontà 'integralmente abolitiva' del legislatore: ciò non si porrebbe in antitesi con l'art. 79 Cost. perché «il legislatore ha il potere di abolire un tipo di illecito, mediante sostituzione di esso con una nuova incriminazione, dichiarando espressamente la non punibilità dei fatti pregressi che risultassero, da un raffronto tra le fattispecie, in parte ancora punibili alla luce del nuovo dettato normativo»; tale volontà – secondo l'Autore – può anche non essere espressa in forma esplicita ed allora è compito dell'interprete eventualmente individuarla nel sistema complessivo della nuova disciplina.

<sup>123</sup> Così invece DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2879 ss.; sul tema, approfonditamente, MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, spec. p. 469 ss.; si vedano anche i saggi di PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini – Paliero,

te, è direttamente l'art. 3 Cost. a non tollerare fenomeni di “*abolitio criminis* retrospettiva”<sup>124</sup> obiettivamente forieri di una disparità di trattamento di fatti omogenei: sarebbe una situazione analoga e speculare a quella derivante dalla limitazione degli effetti retroattivi dell’*abolitio criminis* e parimenti contraria al canone fondamentale dell’uguaglianza. Gli effetti abolitivi esclusivamente retrospettivi non rientrerebbero nella logica della *doverosa retroattività egualitaria* (né della *eccezionale clemenza*) ma in quella degli *odiosi privilegi*<sup>125</sup> e della *legalità discontinua*.

Anche in queste ipotesi, eccezionalissime situazioni che “ragionevolmente” consentano al legislatore di derogare *in bonam partem* alla disciplina formale dell’art. 2, secondo comma c.p., si potrebbero rintracciare in relazione alle modifiche “mediate” della fattispecie penali: in particolare, nei casi in cui non sia possibile individuare una funzione “effettivamente integratrice” del precetto penale e quindi si ritenga inapplicabile – aderendo alla tesi che condiziona a tale presupposto gli effetti di *abolitio criminis* – la disciplina dell’art. 2 c.p., ciò nondimeno sul piano assiologico potrebbe risultare ragionevole riconoscere la retroattività favorevole della modifica mediata della legge penale; in questo ca-

---

vol. II, Milano, 2006, p. 1653 ss. e RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, indultino: forme e limiti costituzionali dell’impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, spec. p. 209 ss.

<sup>124</sup> Questa è l’efficace formula utilizzata ancora da PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1304, per indicare gli effetti di “amnistia occulta” conseguenti al riconoscimento di effetti di *abolitio criminis* in relazione fatti (già tipici in passato) che *continuano* ad essere penalmente rilevanti in base alla nuova formulazione normativa; prosegue ancora l’Autore: «il potere di statuire il venir meno, limitatamente al passato, degli effetti penali di fatti ancora costituenti reato, non è un *minus*, come pretende Donini, ma è qualitativamente diverso rispetto al potere di abolire la rilevanza penale di dati tipi di fatto con abrogazioni totali o parziali di norme penali».

<sup>125</sup> Il problema si era già posto in passato, in relazione alla disciplina intertemporale dei decreti-legge non convertiti: a margine di quel dibattito era stato fatto notare come la disciplina della successione di leggi penali si presti teoricamente agli abusi del legislatore, nei confronti dei quali neanche la Corte costituzionale avrebbe gli strumenti adeguati per intervenire; si pensi ad una legge che abroghi integralmente un reato (con effetti di *abolitio criminis* totale per il passato) salvo poi a brevissima distanza di tempo reintrodurlo nell’ordinamento, magari senza nessuna modifica: gli effetti sarebbero esattamente quelli dell’amnistia ed il procedimento per ottenerli sarebbe perfettamente legittimo; per una ricostruzione del dibattito dottrinale, cfr. VASSALLI, *Decreti-legge favorevoli al reo non convertiti, emendati o decaduti: una prima tappa verso la chiarezza su un controverso tema di diritto transitorio*, in *Giur. cost.*, 1985, p. 242; PADOVANI, *Decreto-legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 813 ss.; MELCHIONDA, *Norme penali favorevoli al reo e mancata conversione del decreto-legge*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 176 ss.

so, la deroga non si muoverebbe nella logica clemenziaria dell'amnistia<sup>126</sup>, ma in quella del mutamento del giudizio di disvalore sociale del fatto, quindi nella piena disponibilità del legislatore ordinario. Nessun spazio, viceversa, potrebbe essere legittimamente attribuito ad eccezioni 'esterne' rispetto al piano assiologico dell'offensività, ad esempio legate a valutazioni di economia processuale o anche a generiche istanze general-preventive del sistema, prive di un "peso" costituzionale adeguato a controbilanciare le *rationes* della retroattività.

Breve: nella successione di leggi incriminatrici, le norme di diritto transitorio potrebbero intervenire solo in relazione a quelle modifiche legislative, particolarmente dibattute in dottrina e in giurisprudenza, in cui la problematicità delle soluzioni è proprio funzione di un incerto inquadramento nell'ottica sostanziale del giudizio di disvalore: solo in questi contesti, al *mutismo* valoriale della "struttura normativa" può legittimamente dare voce la *lingua* del "legislatore", il cui *volere* potrà essere sempre sottoposto al sindacato di *ragionevolezza* costituzionale.

##### 5. *L'abolitio criminis parziale nel vigente sistema processuale penale*

Nell'analisi dell'impatto applicativo dell'*abolitio criminis* "parziale" nel nostro sistema penale, un ruolo non secondario rivestono i profili processuali, cioè le regole deputate ad accogliere e a gestire all'interno di un *processo in corso* o nella *fase di esecuzione* della pena le modifiche delle fattispecie penali astratte. Al riguardo, nell'approcciare la tematica della riformulazione delle norme incriminatrici, la sentenza *Giordano* impostava il problema sulla base di un ben preciso presupposto metodologico: che si ragionasse in relazione al trattamento intertemporale di fatti non ancora *sub iudice*, cioè non ancora cristallizzati in una formale imputazione e non ancora oggetto di giudizio nei diversi gradi del processo penale. Le Sezioni unite, infatti, giustamente sottolineavano come le regole processuali della cognizione e dell'esecuzione, ponendo dei vincoli alla contestazione degli elementi specializzanti tipizzati dalla nuova fattispecie riformulata, fossero idonee a condizionare il giudizio di continuità

---

<sup>126</sup> In questa prospettiva, infatti, la disciplina dell'art. 2 c.p. diventa derogabile – ex art. 79 Cost. – anche *senza* un corrispondente mutamento del giudizio di disvalore, viceversa necessariamente sotteso alla logica dell'*abolitio criminis*; è un'operazione che – come illustrato nel testo – risulta invece assolutamente preclusa dallo sbarramento costituzionale della retroattività favorevole quando volesse muoversi in direzione opposta (*in malam partem*), cioè per mantenere penalmente rilevanti fatti non più abbracciati dal nuovo giudizio normativo di disvalore del fatto.

normativa, che pertanto dovrebbe essere svolto astraendo completamente da eventuali limiti procedurali <sup>127</sup>.

Questa scelta, corretta in linea di principio, era tuttavia destinata a confrontarsi inevitabilmente con la “dura realtà” delle strettoie processuali, quale momento necessario del passaggio della *abolitio criminis* parziale da regola ‘teorica’ a regola ‘applicativa’ del diritto penale intertemporale, chiamata a disciplinare l’applicazione della nuova legge penale *anche* in relazione a fatti che, non inquadrabili nella situazione idealtipica presa come riferimento paradigmatico nell’*iter* argomentativo della Cassazione, siano viceversa pendenti nei diversi gradi di giudizio o siano giudicati con sentenza irrevocabile <sup>128</sup>.

Le regole sulla gestione processuale della *abolitio criminis* parziale nei diversi gradi e stati di evoluzione del procedimento penale sono state accuratamente e ordinatamente precisate di recente in dottrina <sup>129</sup>, ma probabilmente non ne sono stati adeguatamente puntualizzati e stigmatizzati gli effetti, criticamente valutandoli in una prospettiva di coerenza sistematica dell’ordinamento penale <sup>130</sup>.

In questa prospettiva, è possibile ricostruire sinteticamente il funzionamento delle regole processuali in caso di “parziale” abolizione del reato <sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Come se si dovesse decidere in relazione «ad un fatto, in ipotesi, commesso prima dell’intervento legislativo, e si dovesse stabilire se quel fatto, per il quale il processo deve ancora iniziare, rimanga o meno punibile»: così Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, cit.; in senso adesivo GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 307 ss., che sottolinea la «imprescindibile autonomia della disciplina processuale dell’*abolitio criminis* rispetto alla sua dimensione sostanziale» (p. 309). Sembrano invece adottare un approccio che subordina il giudizio sostanziale di continuità normativa ai contingenti vincoli processuali, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, cit., p. 88 ss. e GIARDA, *Successione di leggi penali: un contributo all’esame delle implicazioni processuali*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda-Seminara, Milano, 2002, p. 815 ss.

<sup>128</sup> Cfr. PULITANÒ, *Legalità discontinua*, cit., p. 1291, secondo il quale «il problema di diritto sostanziale, della successione di leggi, pone al diritto processuale un’esigenza che non può essere elusa».

<sup>129</sup> GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 307 ss.; si veda anche AVENATI BASSI, *L’attività di accertamento degli illeciti societari*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 139, Roma, 2004, p. 1075 ss.

<sup>130</sup> Sottolineano invece i rischi delle incoerenze processuali in materia di *abolitio criminis* parziale e la necessità di un coordinamento normativo, soprattutto PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1291; DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito*, cit., p. 2877 e p. 2880; da ultimo, ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 33 ss.

<sup>131</sup> In caso di *abolitio criminis* “totale”, non si pongono particolari problemi, dovendo il giudice, in ogni stato e grado del processo, pronunciare, anche d’ufficio, sentenza di assoluzione o di non doversi procedere ex art. 129 c.p.p.; in fase di esecuzione della pena, il giudice



distinguendo – ai fini di quanto interessa evidenziare in questa sede – quelle relative ai *giudizi di merito* (processi pendenti in primo grado e in appello), da una parte, da quelle relative ai *giudizi di legittimità* (processi pendenti in Cassazione) e di *esecuzione* (processi relativi a fatti passati in giudicato), dall'altra.

### 5.1. Abolition criminis *parziale e adattamento dell'imputazione nei giudizi di merito*

Se il processo è ancora pendente nei giudizi *di merito*, allora il fatto, ancora oggetto di accertamento, deve essere necessariamente 'adattato' alla nuova formulazione della fattispecie tipica: sarà necessario contestare i *nuovi* elementi specializzanti – specificativi o aggiuntivi – che devono essere oggetto di specifico accertamento dibattimentale.

È possibile, anzitutto, che già *prima facie* la nuova fattispecie non sia contestabile all'imputato e si imponga perciò una immediata sentenza assoluta, *ex art. 129 c.p.p.*, con la formula «*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*»: ciò si verifica *sia* quando il fatto originariamente contestato risulti immediatamente *irrilevante* rispetto alla fattispecie riformulata (*perché* rientrando in una sottofattispecie formalmente tipica abrogata o *perché* dagli elementi di fatto disponibili agli atti risulti comunque 'evidente' l'assenza nel fatto concretamente realizzato dei nuovi elementi specializzanti), *sia* quando, pur essendo il fatto astrattamente compatibile con la nuova formulazione tipica, allo stesso esito tuttavia si giunga a seguito di attività integrativa di indagine, eventualmente disposta *ex art. 430 c.p.p.*<sup>132</sup>.

L'imputazione dovrà invece essere modificata ed adattata alla nuova fattispecie legale quando l'esistenza degli elementi specializzanti risulti *ipotizzabile*<sup>133</sup> dall'esame degli atti del processo o all'esito delle indagini integrative:

---

deve parimenti revocare, con ordinanza *ex art. 673 c.p.p.*, la sentenza di condanna passata in giudicato: cfr. GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, p. 309 s. e p. 330 s.

<sup>132</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, cit., p. 312 ss.

<sup>133</sup> Sulla carattere della "ipoteticità" del fatto oggetto di giudizio, si veda, per tutti, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 5 s.: «vale, dunque, anche per esso ciò che vale per ogni ipotesi di cui si voglia sperimentare la conferma: alla possibilità della conferma, appunto, o della smentita senz'altro si accompagna quella di un risultato che induca a correggere l'ipotesi o, nel mentre si smentisce quella già avanzata, a formularne un'altra»; peraltro, la stessa "obbligatorietà costituzionale" che vincola il giudice a proseguire l'indagine (e l'azione penale) quando venisse smentita fattualmente la prima ipotesi (cfr. *ibidem*), vincola parimenti a correggere e a riformulare l'ipotesi quando intervenga una modifica della fattispecie incriminatrice nella quale il fatto oggetto di giudizio sia astrattamente sussumibili.

in questo caso, il pubblico ministero procederà alla rituale contestazione del “fatto diverso” sulla base dei poteri attribuitigli dall’art. 516, comma 1, c.p.p.

La modifica dell’imputazione non incontra alcun limite temporale nel giudizio di primo grado, salvo – ovviamente – il diritto alla eventuale integrazione probatoria (ex art. 519, comma 2, c.p.p.) per l’esercizio del pieno diritto di difesa sui nuovi elementi oggetto di giudizio<sup>134</sup>. Nel caso in cui il processo sia pendente nel giudizio di appello, invece, l’impossibilità di procedere a nuove contestazioni, in ossequio al principio del rispetto dei gradi di giurisdizione (in relazione all’accertamento dei nuovi elementi specializzanti, infatti, l’imputato verrebbe privato di un grado di giudizio), impone l’*annullamento della sentenza di primo grado* e, alternativamente, o la restituzione degli atti al pubblico ministero ex art. 521, comma 2 c.p.p., oppure la trasmissione degli atti al giudice di primo grado per la modifica dell’imputazione ex art. 604, commi 1 e 8 c.p.p.<sup>135</sup>.

Peraltro, coerentemente con l’orientamento giurisprudenziale in tema di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.), si deve ritenere che il giudice possa decidere nel merito *senza la formale modifica dell’imputazione* (e l’annullamento, in appello, della decisione di prime cure) nella misura in cui gli elementi specializzanti – introdotti in sede di riformulazione legislativa – siano stati, nella sostanza, *già oggetto di accertamento dibattimentale*: in altri termini, quando dall’analisi degli atti processuali risulti che l’imputato abbia potuto comunque difendersi sui ‘nuovi’ elementi del fatto di reato, per qualche ragione emersi nel corso del dibattimento (benché ‘non tipici’ ai sensi della fattispecie incriminatrice originaria), non potrebbe dirsi violato il fondamentale diritto di difesa e il giudicato sarebbe immune dal rischio di nullità per difetto di contestazione (art. 522 c.p.p.). In questi casi, il “fatto processuale” (corrispondente alla nuova formulazione della fattispecie legale) non sarebbe “diverso” da quello originariamente contestato e la sentenza si formerebbe senza pregiudizio delle garanzie processuali del soggetto sottoposto a giudizio<sup>136</sup>.

<sup>134</sup> Si veda ancora GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 317 e *ivi* i puntuali riferimenti giurisprudenziali.

<sup>135</sup> Cfr. GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 324 s.; per un approfondimento sui meccanismi e i limiti delle nuove contestazioni di elementi fattuali nei diversi stati e gradi del giudizio, cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 59 ss.

<sup>136</sup> GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 321 s. e p. 325 e *ivi* ampi riferimenti giurisprudenziali; per un quadro della questione e per opportune precisazioni sul punto, cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Milano, 2008, p. 564 ss.; per un approfondimento critico, si veda ancora RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 404 ss.; da ultimo, PAPAGNO, *La nozione funzionale del “fatto processuale” e l’effettività del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p.

La possibilità della nuova contestazione degli elementi aggiuntivi (previo annullamento, pendente il giudizio di appello, della sentenza di primo grado) incontra peraltro il limite processuale del “fatto nuovo” ex art. 518 c.p.p.: il fatto ‘specializzato’ potrà essere cioè modificato (e *come tale* ri-contestato all’imputato all’interno del medesimo processo) ex art. 516 c.p.p. solo in relazione ad elementi che, nella sostanza, non mutino radicalmente l’oggetto dell’accertamento (il fatto processuale) così come descritto e individuato nell’imputazione originaria. Le nuove contestazioni ‘specializzanti’ potranno pertanto muoversi entro il perimetro del “fatto diverso” di cui all’art. 516 c.p.p. senza sconfinare nel “fatto nuovo”, per il quale l’art. 518 c.p.p. impone al pubblico ministero di procedere ad una nuova e autonoma imputazione «nelle forme ordinarie», previa sentenza di proscioglimento per il fatto (“altro”) originariamente contestato<sup>137</sup>. Alla luce di questo vincolo, non è teoricamente impossibile che il fatto *normativamente speciale*, quindi in rapporto di continuità (intertemporale) rispetto a quello originario, non sia tuttavia *processualmente* il medesimo fatto (rimodellabile nei limiti della ‘diversità’ tollerata dall’art. 516 c.p.p.) oggetto della contestazione originaria. Tale evenienza dovrebbe imporre l’assoluzione «perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato» in relazione all’imputazione in origine *sub iudice* e, coerentemente, l’impossibilità di contestare il “fatto nuovo” (ex art. 518 c.p.p.), perché a ciò osterebbe il principio di irretrattività della legge penale (in quanto fatto *distinto* da quello originariamente contestato e *non tipico* al momento della commissione)<sup>138</sup>. Questo potenziale iato tra i contorni del fatto ‘sostanziale’ (rilevante ai fini del giudizio di continuità intertemporale) e quelli del fatto ‘processuale’ (rilevante ai sensi dell’art. 516 c.p.p.), rischia di creare – già a questo stato di avanzamento del processo

79 ss., che denuncia i rischi derivanti dall’orientamento giurisprudenziale che troppo spesso riqualifica il fatto oggetto del giudizio omettendo di riconoscerne la “diversità” rispetto a quello descritto in imputazione e, conseguentemente, di contestare i nuovi elementi nelle forme rituali dell’art. 516 c.p.p.

<sup>137</sup> Si tratta tuttavia di un discrimine, quello tra fatto *nuovo* e fatto *diverso*, che non trova una linea di confine certa, risultando profondamente dibattuto tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 11 ss. e 51 ss.; ILLUMINATI, *Giudizio*, in Conso-Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, p. 508 s.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 450 ss.; REYNAUD, *I mutamenti dell’imputazione*, in *Giudizio ordinario*, coordinato da Nosengo, Torino, 2002, p. 310 ss.

<sup>138</sup> D’altra parte, sarebbe alquanto singolare e poco coerente sul piano sistematico ritenere un fatto “nuovo” *sul piano processuale*, in quanto radicalmente differente rispetto al fatto tipico originariamente contestato (tanto da imporre il meccanismo dell’art. 518 c.p.p.), e ritenerlo invece “non nuovo” *sul piano sostanziale*, in quanto tipizzante una mera “sottofattispecie” già ricompresa nel fatto tipico originario.

– ingiustificate discrasie nella estensione degli effetti concreti di *abolitio criminis*, irragionevolmente differenziata sulla base della circostanza che sia stata già esercitata o meno l'azione penale<sup>139</sup>.

## 5.2. Abolitio criminis parziale e cristallizzazione del fatto nei giudizi di cassazione e di esecuzione

Se il rischio da ultimo paventato è solo astrattamente ipotizzabile in relazione ai fatti ancora pendenti nei giudizi di merito<sup>140</sup>, diventa invece attuale e diffuso in relazione ai fatti pendenti nel giudizio di cassazione o già passati in giudicato: in queste ipotesi, infatti, il “fatto” di cui valutare la perdurante rilevanza penale è quello ormai completamente ‘cristallizzato’ nel giudizio di merito, rispetto al quale non è più consentita la specifica contestazione (né, conseguentemente, l'accertamento) degli elementi specializzanti che possono eventualmente fondare la continuità normativa con il passato. Il giudizio sulla collocazione di tale fatto nella sfera di tipicità penale selezionata dalla nuova fattispecie piuttosto che in quella di parziale *abolito criminis* deve essere valutata ‘a bocce ferme’, cioè esclusivamente «sulla base dell'accertamento compiuto dal giudice di merito e contenuto nella sua sentenza»; è necessario, infatti, che *tutti* gli elementi costitutivi del fatto tipico «siano stati contestati e abbiano formato oggetto di accertamento rispetto al quale la parte abbia avuto modo di difendersi»<sup>141</sup>. In particolare:

---

<sup>139</sup> Se il fatto “specializzato” dalla fattispecie riformulata fosse qualificato come fatto processualmente “nuovo” ai sensi dell'art. 518 c.p.p. si determinerebbero effetti di *abolitio criminis* “totale” rispetto ai fatti storici per i quali fosse già stata esercitata l'azione penale (tali fatti sarebbero destinati ad una sentenza di proscioglimento perché non più previsti dalla legge come reato e i nuovi fatti non potrebbero essere legittimamente contestati perché penalmente irrilevanti al momento della loro commissione); al contrario, i fatti storici non ancora *sub iudicio*, alla luce degli effetti di parziale abolizione desumibili dal rapporto di specialità tra fattispecie astratte, potrebbero essere comunque contestati nella loro ‘nuova’ dimensione normativa e materiale.

<sup>140</sup> In ragione anche dell'amplissima capacità di adattamento dell'imputazione originaria, entro i mobili confini del “fatto diverso” ex art. 516 c.p.p. riconosciuti in dottrina e giurisprudenza, alla nuova eventuale formulazione del fatto tipico.

<sup>141</sup> Queste le chiare statuizioni di Cass., Sez. un., 16 giugno 2003, Giordano, cit.; tale orientamento ribadisce – sviluppandola ulteriormente – una massima già ben consolidata nella giurisprudenza della Cassazione: cfr. Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, cit.: «i fatti integranti reato sotto il vigore della precedente previsione possono continuare ad esserlo alla stregua del nuovo disposto normativo sempre che gli elementi costitutivi del nuovo reato siano stati chiaramente enunciati nell'imputazione contestata all'imputato, eventual-

(a) *nel giudizio di cassazione*, se gli elementi specializzanti non emergono già dalla sentenza impugnata, allora «la Corte si trova in presenza di un fatto che, per come è stato accertato dal giudice di merito, rientra nell'ambito dell'abolizione»; da ciò deriva l'obbligo di immediata declaratoria di non punibilità con l'annullamento della pronuncia di merito (*ex artt. 129 c.p.p. e 620, lett. a) c.p.p.*); *senza*, peraltro, – ed è questo un ulteriore importante irrigidimento giurisprudenziale sancito dalla sentenza *Giordano* – la possibilità di poter operare il *rinvio* al giudice di merito in funzione 'esplorativa' sulla sussistenza dei nuovi elementi di tipicità del fatto<sup>142</sup>. Nel giudizio di cassazione, la sentenza di merito può infatti 'resistere' alla sopravvenuta riformulazione legislativa solo nell'eventualità, remota ma non impossibile<sup>143</sup>, in cui i nuovi elementi costitutivi del tipo siano già stati oggetto di accertamento dibattimentale;

(b) *parimenti, nel giudizio di esecuzione* – instaurato *ex art. 673 c.p.p.* ai fini di un eventuale provvedimento di revoca della condanna per intervenuta *abolitio criminis* – il fatto di cui è possibile valutare la perdurante rilevanza

---

mente anche a seguito di rituale modificazione della contestazione»; negli stessi termini Cass., Sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, cit.; Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, Avitabile, cit.

<sup>142</sup> Cass., Sez. un., 16 giugno 2003, *Giordano*, cit., risolve infatti il contrasto giurisprudenziale sulla possibilità di *rinviare* gli atti al giudice di merito per l'accertamento degli elementi specializzanti a seguito dell'annullamento della sentenza impugnata; l'orientamento espresso dalla Sezioni unite sembra aver trovato riscontro nella giurisprudenza successiva: cfr. Cass., Sez. V, 27 maggio 2003, n. 23236, Ruocco, in *Riv. pen.*, 2004 p. 263 ss. e in *Cass. pen.*, 2003, p. 3747; Cass., 28 gennaio 2004, n. 2567, in *Riv. G.d.F.*, 2004, p. 1057 ss.; Cass., Sez. V, 26 novembre 2003, Fodde, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1145; da ultimo, ancora in tema di false comunicazioni sociali e di bancarotta societaria, Cass., 8 febbraio 2008, n. 13511, inedita e Cass., 3 febbraio 2009, n. 9726, inedita; in dottrina, RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 472; GIARDA, *Successione di leggi penali*, cit., p. 816; GAMBARDELLA, *Abolitio criminis*, cit., p. 1756; si era invece espresso a favore dell'annullamento *con rinvio*, PADOVANI, *Il cammello e la cruna del lago*, cit., p. 1608; nella giurisprudenza, fra le altre, Cass., Sez. I, 27 novembre 2002, n. 40159, Bencivelli, inedita; Cass., Sez. V, 19 novembre 2002, Battacchi, in *Cass. pen.*, 2003, p. 76, che, appunto, annullavano con rinvio strumentale alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale *ex art. 603 c.p.p.* per l'accertamento degli elementi specializzanti; in tale senso, ancora dopo le sentenza *Giordano*, Cass., Sez. V, 20 febbraio 2004, Barella, in *CED Cass.*, n. 227748.

<sup>143</sup> Si veda, ad esempio, sempre in tema di false comunicazioni sociali, Cass., Sez. V, 21 maggio 2002, Fabbri, in *Le società*, 2002, p. 1097 ss.; Cass., Sez. II, 5 febbraio 2003, Atzori, in *Riv. pen.*, 2003, p. 389 (che ricolloca il fatto nella fattispecie riformulata, salvo dichiarare estinto il reato per decorrenza dei tempi di prescrizione); si veda anche Cass., Sez. I, 15 maggio 2002, Mazzei, in *Cass. pen.*, 2003, p. 73 ss. (che riqualifica la originaria imputazione per bancarotta impropria da reato societario nella fattispecie dell'art. 223, secondo comma, n. 1, lett. f).

penale è quello rigidamente cristallizzato nell'imputazione e risultante dalla sentenza definitiva: anche qui, risolvendosi in senso restrittivo il contrasto interpretativo relativo ai poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione<sup>144</sup>, si è consolidato l'orientamento giurisprudenziale – ancora ribadito nella più recente pronuncia delle Sezioni unite in materia di successione di leggi penali nel tempo<sup>145</sup> – secondo cui «l'accertamento cui è chiamato il giudice ai fini dell'applicazione del principio sancito dall'art. 2, secondo comma c.p. è rigorosamente limitato al contenuto e alla portata della sentenza di condanna, senza che egli possa procedere ad un nuovo e diverso esame degli atti del giudizio ai fini dell'affermazione della continuità normativa»; gli elementi specializzanti richiesti dalla nuova formulazione tipica del reato devono aver «formato oggetto di accertamento rispetto al quale la parte abbia avuto modo di difendersi (...) non potendosi ammettere nei confronti del condannato un regime deteriore rispetto a quello previsto dal legislatore per l'imputato»<sup>146</sup>; tutt'al più, si potrà

<sup>144</sup> Per un'ampia panoramica sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali intorno ai limiti di cognizione e ai poteri istruttori del giudice dell'esecuzione nel giudizio instaurato ex art. 673 c.p.p., si rinvia ancora a GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, cit., p. 340 ss.; si veda anche RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1288 ss.; più specificamente sul tema, nella dottrina processual-penalistica, cfr. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 181 ss., spec. 201 ss.; KALB, *I poteri del giudice dell'esecuzione in materia di revoca per abolitio criminis*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 364 ss.; GAITO, *Abrogazione della norma incriminatrice e revoca della condanna in esecuzione*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 89 ss.; ID., *Poteri d'integrare il merito post rem iudicatam*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1317 ss.; da ultimo, approfonditamente, VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 190 ss.

<sup>145</sup> Cass., Sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, cit., secondo cui «i poteri del giudice dell'esecuzione, adito ex art. 673 c.p.p., sono molto limitati rispetto a quelli del giudice della cognizione, nel senso che sono rigorosamente circoscritti al contenuto e alla portata della sentenza di condanna, per renderne espliciti il contenuto e i limiti, senza alcuna possibilità, però, di procedere ad una nuova e diversa valutazione degli atti del giudizio. L'istanza di revoca della sentenza per *abolitio criminis*, invero, non è un mezzo d'impugnazione che consente la rivisitazione del giudizio di merito, con la possibilità da parte del giudice dell'esecuzione di ricostruire la vicenda per cui è intervenuta condanna in termini diversi da quelli definiti con la sentenza irrevocabile».

<sup>146</sup> L'attuale precedente di riferimento di questo orientamento – che riprende *a fortiori* i principi espressi dalla sentenza *Giordano* in relazione ai giudizi pendenti in cassazione – può essere individuato nella sentenza *Mazzoleni*, in tema di bancarotta societaria da false comunicazioni sociali: il Tribunale di Como, chiamato a pronunciarsi in sede di esecuzione nel procedimento di revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p. per intervenuta *abolitio criminis* parziale, aveva confermato la sentenza di condanna originaria, fondandola tuttavia non sul nuovo art. 223, lett. f) ma sul nuovo art. 2621 c.c.: dall'esame del quadro probatorio già acquisito agli atti del processo, infatti, mentre non risultava accertato il nuovo elemento



ulteriormente procedere alla “interpretazione del giudicato”, funzionale a rendere esplicito il contenuto comunque ‘implicito’ nel fatto accertato<sup>147</sup>. Assolutamente minoritario è invece l’indirizzo interpretativo che ritiene ammissibile l’esame degli atti processuali contenuti nei fascicoli dibattimentali, un riesame delle quadro probatorio e finanche (ferma l’intangibilità degli accertamenti di fatto già passati in giudicato) un’integrazione istruttoria *ex art. 666 comma 5 c.p.p.* per verificare l’esistenza dei nuovi elementi che fonderebbero la perdurante rilevanza penale del fatto storico<sup>148</sup>.

specializzante della bancarotta societaria, cioè il nesso causale tra la condotta e l’evento di dissesto, emergeva tuttavia il superamento del limite delle soglie di punibilità che specializzano la nuova contravvenzione di false comunicazioni sociali; la Cassazione, tuttavia, censurava l’operato del Tribunale comasco ed annullava l’ordinanza di rigetto dell’istanza di revoca, affermando, appunto, la necessità che gli elementi specializzanti «abbiano già formato oggetto di accertamento [nella decisione impugnata] rispetto al quale parte abbia avuto modo di difendersi»: così Cass., Sez. V, 5 aprile 2004, Mazzoleni, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4051 ss.; nello stesso senso, sempre in materia di reati societari, Cass., Sez. I, 17 febbraio 2005, n. 13404, Spadola, inedita; Cass., Sez. I, 16 aprile 2008, n. 1160, Briatore, inedita; Cass., Sez. V, 3 febbraio 2009, Michelacci, in *CED Cass.*, n. 242773; già in passato tale orientamento era stato seguito, *ex multis*, da Cass., Sez. VI, 11 ottobre 1991, Casadante, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, p. 454; Cass., Sez. VI, 13 aprile 1994, Rosati, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1656; Cass., Sez. I, 10 maggio 1994, Macchia, in *CED Cass.*, n. 197882; Cass., Sez. I, 3 dicembre 1991, p. m. in proc. Caredda, in *CED Cass.*, n. 188962; Cass., Sez. V, 27 maggio 1988, Zani, in *CED Cass.*, n. 178676; Cass., Sez. I, 23 settembre 1994, Comite, in *Cass. pen.*, 1996, p. 574; Cass., Sez. III, 29 settembre 1993, Florio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 615; Cass., Sez. VI, 23 febbraio 1995, De Rosa, in *Cass. pen.*, 1997, p. 109; Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2002, Bini, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2897. In dottrina, in questo senso, fra gli altri, CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, Milano, 2003, p. 202; GAITO, *Abrogazione della norma incriminatrice*, cit., c. 90 s.; GIARDA, *Successione di leggi penali*, cit., p. 816; DONINI, *Abolition criminis e nuovo falso in bilancio*, cit., p. 1278; GAMBARDELLA, *L’abrogazione*, cit., p. 351.

<sup>147</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 23 giugno 2003, Sama, in *Cass. pen.*, 2004, p. 457 ss.; Cass., Sez. V, 15 giugno 2006, Terzoli, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2741, ancora in relazione ad una condanna per false comunicazioni sociali, secondo la quale il giudice dell’esecuzione «dovendo procedere ad un confronto con un *novum* sopravvenuto al momento della redazione della decisione, inevitabilmente deve dar vita ad una interpretazione in qualche misura eccedente lo stretto ambito letterale della sentenza e del suo immediato portato argomentativo»; si veda anche Cass., Sez. II, 17 marzo 2009, n. 14815, inedita, in un caso di successione tra l’abrogata fattispecie di interesse privato in atti d’ufficio e il nuovo reato di abuso d’ufficio.

<sup>148</sup> Per questo orientamento, con diversità di accenti, cfr. Cass., Sez. VI, 10 settembre 1994, Marinozzi, in *Cass. pen.*, 1996, p. 573; Cass., Sez. VI, 15 marzo 1994, Perri, in *CED Cass.*, n. 199421; Cass., Sez. VI, 7 marzo 1994, Arietti, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 651; Cass., Sez. VI, 14 marzo 1994, Zanardini, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2206; Cass., Sez. I, 25 maggio 1994, Casagrande, in *CED Cass.*, n. 198342; Cass., Sez. VI, 7 giugno 1994, Imperato, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2205; Cass., Sez. III, 21 maggio 2001, Baldo, in *Riv. pen.*, 2001, p. 936; Cass., Sez.

La sentenza di condanna passata in giudicato, pertanto, potrà resistere all'istanza di revoca per intervenuta *abolitio criminis* (a seguito di riformulazione della fattispecie originaria) solo qualora gli elementi specializzanti siano stati contestati nel capo di imputazione (ad esempio in qualità di elementi circostanziali) oppure risultino (accidentalmente) accertati nel corso del giudizio di merito ed emergano nelle motivazioni della decisione impugnata. Diversamente, anche qualora si versi in uno stato di 'dubbio' sull'esistenza degli elementi 'sopravvenuti' di tipicità (in quanto teoricamente *ipotizzabili* ma non accertati nel merito), si imporrà inevitabilmente la revoca della sentenza per intervenuta abolizione del reato ex art. 673 c.p.p., in quanto il fatto, come definitivamente accertato in giudizio, "non è più previsto dalla legge come reato".

### 5.3. Il ribaltamento dell'impianto sistematico dell'art. 2 c.p.

Sulla base del sistema appena illustrato, nel caso di riformulazione (specializzante) della fattispecie incriminatrice, da cui derivino effetti sostanziali di *abolitio criminis* "parziale", la rilevanza penale di uno stesso «fatto tipico» – cioè di un fatto concreto conforme alla nuova fattispecie speciale che ritaglia una porzione di tipicità di quella originaria – viene a dipendere da mere 'contingenze processuali', connesse allo stato di avanzamento del giudizio.

Tre sono le situazioni teoricamente prospettabili: (i) 'completa adattabilità' alla nuova formulazione tipica del fatto non ancora formalmente contestato; (ii) 'limitata adattabilità' (entro i limiti della modificabilità del-

---

VI, 10 marzo 2003, Di Nardo, in *CED Cass.*, n. 226196; in questo senso anche parte della dottrina: PADOVANI, *Il cammello e la cruna del lago*, cit., p. 1608; RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1294; ALAGNA, *Tipicità*, cit., p. 42; AMATO, *Irrilevanza penale della detenzione di sostanze stupefacenti per uso personale e revoca delle sentenze di condanna*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1656 ss.; tra i processualisti, SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis*, cit., p. 203; CHERUBINI, *Il giudice dell'esecuzione di fronte all'abrogazione parziale del reato*, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 651 ss.; BASSI, *Revocabilità della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p. all'esito dell'abrogazione referendaria in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 201 ss.; più approfonditamente, da ultimo, VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 203 ss. (sul punto si veda *infra*, nel testo, § 5.5).

Interessante notare, peraltro, che in quasi tutti i casi in cui la Cassazione ha espresso l'orientamento restrittivo (cfr. precedente nota 146), sono state annullate pronunce di giudici dell'esecuzione che, aderendo invece all'orientamento oggi minoritario, avevano rigettato l'istanza di revoca di vecchie condanne per falso in bilancio o bancarotta societaria ritenendo *sussistenti*, sulla base di una nuova valutazione degli atti processuali, i nuovi elementi specializzati delle fattispecie penali.

l'imputazione) dei fatti pendenti nei giudizi di merito; (iii) 'inadattabilità' dei fatti pendenti in Cassazione e dei fatti passati in giudicato.

(a) Come già illustrato, la parziale discrasia fra l'ipotesi sub (i) e quella sub (ii) rappresenta un'ipotesi marginale: ricorrerà nella rara eventualità in cui la riformulazione legislativa tipizzi un fatto che non sia solo processualmente "diverso" (quindi 'adattabile' ex art. 516 c.p.p.) bensì "nuovo" rispetto a quello originario. Benché si tratti di un'evenienza eccezionale – anche alla luce della particolare elasticità estensiva del concetto di "fatto diverso" nell'applicazione giurisprudenziale – questo profilo processuale evidenzia tuttavia un 'limite' – fino ad ora non focalizzato – dell'approccio strutturale 'puro' nella definizione degli effetti di continuità normativa: una fattispecie incriminatrice normativamente "speciale" rispetto a quella originaria, infatti, può teoricamente descrivere un fatto che, in forza dei nuovi elementi costitutivi, assume una struttura tipica così diversa rispetto a quella del fatto originario tanto da risultare, nella sua materialità e storicità, non più 'identificabile' con il fatto concreto originariamente oggetto di contestazione. La teoria della "doppia punibilità in astratto", in altre parole, non tiene in debito conto il secondo, fondamentale polo del giudizio di tipicità penale, costituito dal "fatto" nella sua dimensione naturalistica e storica. In sostanza, è il "medesimo fatto" che (seppure più dettagliatamente tipizzato) deve mantenere costante la propria illiceità penale alla luce della fattispecie riformulata. In questa prospettiva di analisi, che valorizza anche la dimensione 'fattuale' del giudizio di continuità (oltre a quella 'normativa'), è dall'approccio processualistico che forse possono venire utili spunti di indagine e di affinamento della teoria strutturale: nelle ipotesi eccezionali in cui la riformulazione normativa integri gli estremi di un "fatto nuovo", la 'discontinuità' non sarebbe solo *processuale* – di completa rottura, ex art. 518 c.p.p., con il processo in corso – ma anche *sostanziale* – di completa rottura, ex art. 2, secondo comma c.p., con il fatto tipico originario. Sarebbe peraltro una soluzione che, contenendo il giudizio di continuità normativa intertemporale entro i confini delle possibili nuove contestazioni in giudizio, garantirebbe esiti di coerenza sistematica, evitando una divaricazione degli effetti di *abolitio criminis* discriminatoria tra i fatti non ancora formalizzati nell'imputazione e quelli già pendenti in giudizio.

(b) Ma è soprattutto la rigidità dell'ipotesi *sub* (iii) che attualmente suscita profonde perplessità sulla complessiva coerenza del 'sistema' del diritto penale intertemporale relativo alle modifiche normative delle fattispecie di reato.

Lo sbarramento opposto dalla recente giurisprudenza a nuovi accertamenti di fatto sulla sussistenza degli elementi specializzanti rischia di risolversi puntualmente nell'*annullamento senza rinvio* delle sentenze pendenti in Cassazione e nella *revoca dei giudicati pregressi* «perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato»: molto difficilmente – come inequivocabilmente prova l'esperienza giurisprudenziale – la pronuncia che accerta il 'vecchio' fatto tipico darà conto di elementi assolutamente *irrilevanti* al momento del giudizio (tali sono, infatti, gli elementi specializzanti della fattispecie riformulata). L'*abolitio criminis* "parziale" è destinata così a diventare (quasi) "totale" in relazione ai fatti che siano stati già accertati nel merito al momento della modifica normativa <sup>149</sup>.

Ciò comporta un completo *ribaltamento* dell'impianto sistematico dell'art. 2 c.p.: la *ratio* sottesa alla disciplina della successione di leggi penali era evidentemente quella di una tendenziale intangibilità dei giudicati (anche sfavorevoli) e di un maggior '*favor*' riservato ai procedimenti ancora pendenti. Con l'assetto attuale, viceversa, quanto più l'accertamento del fatto di reato sarà cristallizzato nell'*iter* processuale, tanto più sarà possibile trarre surrettiziamente (e del tutto irragionevolmente) 'vantaggio' da una riformulazione normativa, alla luce del fatto che il mancato accertamento degli elementi specializzanti – e l'impossibilità di una loro contestazione suppletiva – si risolverà puntualmente nell'*impunità* (esclusivamente) *retrospettiva*. L'odiosa «legalità discontinua» si neutralizzerebbe (adottando l'approccio strutturale di definizione degli effetti abolitivi) solo per i fatti ancora *sub iudice*, mentre si insinuerebbe indiscriminatamente in relazione ai fatti già accertati nel merito.

D'altra parte, quand'anche – secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente – gli elementi 'specializzanti' emergessero, esplicitamente o implicitamente, dalla sentenza irrevocabile o da quella impugnata in cassazione, la perpetuazione di rilevanza penale del fatto concreto rischierebbe di poggiare su basi che smentiscono la *ratio* sottesa all'impostazione garantistica oggi dominante; il *diritto di difesa*, al rispetto del quale la giurisprudenza subordina il 'mantenimento in vita' dell'accertamento del fatto e quindi la continuità normativa e processuale in relazione al caso concreto, difficilmente potrà dirsi realmente 'garantito': l'elemento specializzante che fonda la 'nuova' tipicità

<sup>149</sup> Stigmatizzano il parossismo di questi esiti soprattutto PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1291 s.; ALAGNA, *Tipicità*, cit., p. 41 s.; VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 205; ne riconoscono gli effetti, inquadrandoli tuttavia in una logica sistematica di cui limitarsi a prendere atto, anche DONINI, *Abolitio criminis*, cit., p. 1278; GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, cit., p. 352 s.; AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 229 s.; BRICCHETTI, *Per valutare*, cit., p. 91.

penale emergerà normalmente solo *in via accidentale*, cioè senza che il relativo accertamento – *ininfluente al momento del giudizio* – sia stato oggetto di un *contraddittorio effettivo* tra accusa e difesa in sede dibattimentale<sup>150</sup>. A meno che il nuovo elemento fattuale tipico non fosse già stato contestato in qualità di “circostanza” del reato si dovrà sempre registrare una *carenza di interesse* dell’imputato a difendersi su quello specifico profilo (di ‘nuova’ tipicità).

È la situazione che puntualmente si realizza *non solo*, macroscopicamente, quando vengano addirittura fatti emergere, fuori da ogni formale contestazione e da un relativo accertamento dibattimentale, elementi specializzanti *aggiuntivi* che ribaltano completamente la struttura del fatto tipico e, conseguentemente, quella che sarebbe stata la linea difensiva, nonché gli snodi dell’accertamento processuale<sup>151</sup>; *ma anche* quando si tratti di verificare la sussistenza di elementi ‘meramente’ specificativi del fatto, sui quali il condannato non abbia tuttavia potuto esercitare il proprio diritto di “difendersi provando”<sup>152</sup>; agli stessi rilievi

---

<sup>150</sup> Cfr. SCIELLO, *Poteri del giudice dell’esecuzione in sede di decisione su richiesta di revoca di condanna per intervenuta abolitio criminis*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, p. 113 ss.; chiarissime e convincenti, sul piano generale, le osservazioni di RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 404 ss.: «per la verifica del rapporto di correlazione tra il fatto ritenuto in sentenza e quello enunciato in accusa, non importa la correttezza e la plausibilità delle valutazioni finali del giudice: che, invece, interessano in quanto tali per il risultato ricostruttivi che se ne è tratto, a prescindere dalla bontà del giudizio che vi ha condotto. In questo senso, il difetto di correlazione sarà riscontrabile tutte le volte in cui il risultato – buono o cattivo – della ricostruzione giudiziale devii dai termini dell’accusa. Tale difetto, pertanto, si coglierà senz’altro quando il giudice abbia accreditato in sentenza un fatto diverso coerentemente tratto e congruamente giustificato alla luce delle prove» (p. 407).

<sup>151</sup> Si veda ad esempio, di recente, Cass., Sez. I, 9 dicembre 2008, nn. 44 e 45, inedite, che hanno ritenuto già ricompresi nell’originario accertamento del fatto di interesse privato in atti d’ufficio (cfr. art. 324 c.p. abrogato) i nuovi elementi costitutivi dell’abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) sui quali poter fondare il giudizio di continuità normativa e rigettare l’istanza di revoca del giudicato per *abolitio criminis*; nonché Cass., Sez. II, 17 marzo 2009, n. 14185, cit., che ha confermato l’ordinanza con cui il giudice dell’esecuzione rigettava l’istanza di revoca di una sentenza per abuso d’ufficio (nella formulazione tipica del 1990), sostenendo che gli elementi della nuova fattispecie incriminatrice (nella versione introdotta dalla l. n. 234 del 1997) – in particolare l’*evento* di ingiusto vantaggio patrimoniale o di altrui danno – fossero già desumibili dalla sentenza originaria, nella quale tuttavia il vantaggio patrimoniale era contestato ed accertato solo in relazione al *dolo specifico* (che integrava una circostanza aggravante).

<sup>152</sup> Si veda ad esempio Cass., Sez. V, 15 giugno 2006, n. 26343, cit., che, in materia di false comunicazioni sociali, ha ritenuto che gli elementi specializzanti del nuovo art. 2621 c.c. – l’alterazione sensibile, l’idoneità decettiva, il dolo intenzionale – fossero, *benché mai contestati*, «aspetti contenuti nella valutazione del giudice della cognizione e costitutivi della *res judicata* ed esse sono state valutate del giudice dell’esecuzione in seno all’accertamento

non si sottraggono, peraltro, neppure le operazioni di «riqualificazione giuridica» del fatto (*ex art. 521 comma 1 c.p.p.*) in una diversa, anche se eventualmente preesistente, fattispecie incriminatrice – nelle ipotesi di *abrogatio sine abolitio*<sup>153</sup> – di cui non siano stati contestati gli specifici elementi costitutivi. In questi casi è difficile non riconoscere il profondo *vulnus* inflitto al principio di «correlazione tra accusa e sentenza», tanto più che attualmente il rigoroso rispetto di tale garanzia – fino ad oggi spesso sottovalutata nella prassi giurisprudenziale – è imposto in termini stringenti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come inequivocabilmente interpretato dalla Corte di Strasburgo<sup>154</sup>. Si tratta di un censura di legittimità da cui difficilmente si

---

svolto *ex art. 673 c.p.p.*»; in materia di detenzione di stupefacenti, cfr. Cass., Sez. VI, 13 aprile 1994, Rosati, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1656 ss., che, attraverso una mera 'reinterpretazione' del giudicato, esclude che la detenzione accertata fosse "per uso personale", negando conseguentemente gli effetti di *abolitio criminis* conseguenti al referendum abrogativo del 1993; in materia di abuso d'ufficio, Cass., Sez. I, 11 luglio 2000, Battistella, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2734.

<sup>153</sup> La violazione del principio di correlazione non dovrebbe invero soffrire violazione nelle ipotesi in cui il fenomeno di *abrogatio sine abolitio* si realizza in merito alla *riespansione* di una fattispecie "generale" (in rapporto di continenza piena con la norma abrogata) i cui elementi costitutivi siano stati perciò tutti precisamente contestati ed accertati in relazione alla fattispecie speciale abrogata; diverso è il caso in cui si realizzi un fenomeno di "parziale" *abrogatio sine abolitio*, in ragione del riespandersi di una norma "strutturalmente eterogenea" rispetto a quella abrogata e i cui elementi di tipicità (o di diversa qualifica giuridica di profili fattuali già accertati) non siano stati *mai* specificamente contestati: cfr. Trib. Brindisi, ord. 20 gennaio 2004, inedita, annullata da Cass., Sez. I, 27 ottobre 2004, De Vita, in *CED Cass.*, n. 230812, per aver indebitamente riqualificato, in sede esecutiva, un fatto di «ratto di persona minore degli anni quattordici per fine di matrimonio» (commesso nel 1986) nella fattispecie di «sottrazione di persone incapaci».

<sup>154</sup> La Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 § 1 e § 3, lett. a) e b) della Convenzione nell'ipotesi di riqualificazione dei fatti – operata dal giudice nazionale *ex art. 521, comma 1 c.p.p.* – senza che all'imputato fosse stato consentito di esercitare effettivamente sul punto il proprio diritto di difesa, anche in relazione alle questioni di diritto, in quanto non informato in tempo utile e in modo dettagliato sulla *nuova qualifica giuridica* dell'imputazione: cfr. da ultimo C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 342 ss.; Sez. IV, sent. 16 gennaio 2007, Bujnita c. Moldavia; Sez. I, sent. 12 ottobre 2006, Stanislav Zhukov c. Russia; Sez. II, 1 marzo 2001, Dallos c. Ungheria; già in precedenza, il *leading case* della grande camera della Corte è sent. 25 marzo 1999, Pélisser e Sassi c. Francia; nonché, ancora prima, la decisione 19 dicembre 1989, Kamasinki c. Austria. In dottrina, in merito ad una recente ordinanza di remissione costituzionale dell'art. 521, comma 1 c.p.p. proprio per violazione della diritto di difesa garantito dalla Convenzione europea, si vedano le chiare e interessanti riflessioni di COLELLA, *La disciplina della modifica in iure dell'imputazione davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. mer.*, in corso stampa; per ulteriori approfondimenti, cfr., tra gli altri, PARLATO,



salverebbero – se impugnate davanti alla Corte europea – le (poche) decisioni della Cassazione che hanno confermato, sulla base di una mera “interpretazione” della sentenza (e, al più, degli atti processuali), precedenti giudicati di condanna *senza che* fosse mai stata formalizzata la contestazione dei nuovi elementi specializzanti o che su di essi si fosse realizzato un contraddittorio probatorio effettivo.

#### 5.4. *L'inadeguatezza del sistema processuale a recepire l'abolitio criminis “parziale” post rem iudicatam*

Coerentemente con le osservazioni svolte, occorre riconoscere come nell'ottica del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, *tutti* i fatti accertati solo in relazione alla sfera di tipicità della fattispecie originaria (oggetto si riformulazione specializzante) *non sono più previsti dalla legge come reato*.

La verità è che il nostro sistema processuale non è assolutamente calibrato per rispondere alle esigenze della *abolitio criminis* “parziale”, una figura sostanzialmente estranea allo ‘spirito’ originario della disciplina della successione di leggi penali disegnata dall'art. 2 c.p.<sup>155</sup>. Il silenzio pluridecennale della dottrina penalistica (oltre che della giurisprudenza) non può essere letto diversamente: nella prospettiva del Codice Rocco le modifiche strutturali delle fattispecie penali si prestavano ad un inquadramento tendenzialmente ‘secco’ nella dicotomia ‘*abolitio criminis*’ (totale) *versus* ‘successione modificativa’ ed a questa impostazione rispondeva funzionalmente l'architettura processuale. Di conseguenza, gli effetti abolitivi iperretroattivi (e quindi la revocabilità ex art. 673 c.p.p. delle sentenze passate in giudicato) venivano normalmente riconosciuti solo in caso di *abolitio criminis* “integrale”<sup>156</sup> della fattispecie in-

---

*Riapertura del processo iniquo per modifica “viziata” del nomen iuris*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1588 ss.; DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica solo se viene rispettato il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3834 ss.; di recente, anche la giurisprudenza della Cassazione si è adeguata alla statuizioni della Corte di Strasburgo sul punto, revocando (con il meccanismo dell'art. 625-bis c.p.p.) una propria decisione e disponendo una nuova trattazione del ricorso nel rispetto del diritto di difesa sulla nuova qualificazione giuridica: cfr. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1506 ss. con nota di AIMONETTO, *Condanna europea e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, spec. p. 1523 ss.

<sup>155</sup> Cfr. ALAGNA, *Tipicità*, cit., p. 41, nota n. 136; GAITO, *Abrogazione*, cit., p. 92; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 62; FORTUNA, *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007, p. 1400, nota n. 12.

<sup>156</sup> Si veda infatti, Cass., Sez. I, 22 giugno 1964, Gastic, in *Giust. pen.*, 1965, II, c. 205 s.; Cass., 11 aprile, 1975, Centonze, sulla modifica del fatto tipico di sottrazione consensuale

criminatrice, per completa cancellazione del titolo di reato (secondo il già illustrato approccio ‘nominalistico’), oppure, in caso di riformulazione normativa, quando fosse riconosciuta su basi valoriali la “discontinuità del tipo di illecito” (necessariamente ‘totale’); correlativamente, le mere modifiche strutturali della fattispecie incriminatrice – qualora non si ritenesse mutato il “nucleo” del tipo di illecito (benché riduttive dell’area di tipicità penale) – venivano perlopiù inquadrare nello schema della mera successione modificativa favorevole (per ‘aumento’ di elementi costitutivi), disciplinata dalla regola della retroattività limitata di cui all’art. 2, quarto comma (*antea* terzo comma) c.p.<sup>157</sup>.

Peraltro, è interessante notare come anche quando rapsodicamente si riconoscevano effetti abolitivi “parziali” a seguito dell’introduzione di elementi specializzanti del tipo, la situazione di ‘dubbio’ sulla loro sussistenza

---

di minori in conseguenza dell’innalzamento della soglia della maggiore età; Cass., Sez. I, 10 ottobre 1979, De Vitto, in *Cass. pen. Mass.*, 1980, p. 1996 s., in materia di sostanze stupefacenti; Cass., Sez. VI, 18 maggio 1992, Coppola, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2037, in relazione all’abrogazione dell’interesse privato in atti d’ufficio confluito nel nuovo abuso d’ufficio; ancora di recente – oltre alla copiosa giurisprudenza in tema servizio di leva (v., *retro*, § 4.5) – cfr. Cass., Sez. VI, 30 settembre 2002, Marolla, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1166; Cass., Sez. V, 11 luglio 2002, Esposito, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 46, p. 80; Cass., Sez. I, 9 gennaio 2009, Bouazza, in *CED Cass.*, n. 243179.

<sup>157</sup> In questo senso si veda chiaramente, ad esempio, Cass., Sez. I, 5 marzo 1991, Di Giovine, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3023 s., secondo cui la riformulazione dell’abuso d’ufficio avrebbe comportato una «mera diversità del fatto, inidonea, per l’art. 2, terzo comma, cod. pen., ad influire su quanto già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile prima dell’entrata in vigore della legge successiva»; manifesta infatti perplessità su questo profilo della teoria della continuità del tipo di illecito M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 58, sottolineando come, aderendo a tale orientamento, «può apparire incongrua ed ingiusta la radicale (sopravvenuta) non punibilità dei fatti commessi in precedenza»; si veda anche PULITANÒ, *Legalità discontinua?*, cit., p. 1280 s., che registra come la continuità del tipo di illecito in passato fosse utilizzata, anche nella giurisprudenza tedesca, soprattutto *in malam partem*, cioè per soddisfare (e perpetuare) esigenze punitive di giustizia sostanziale che sarebbero state disattese dai più ampi effetti abolitivi della teorie strutturali.

Diverso è invece il caso di *abolitio criminis* “parziale” per sottrazione di elementi estensivi del tipo (e non per introduzione di elementi specializzanti): in queste ipotesi, infatti, si produce un effetto abolitivo della sottofattispecie formalmente tipica contestata ed accertata, rispetto a cui la revoca del giudicato non richiede ulteriori e problematici accertamenti sulla eventuale esistenza dei “nuovi” elementi costitutivi (su questa ipotesi si veda soprattutto AMBROSETTI, *Abolitio criminis*, cit., p. 213 ss. che trae da tale osservazione conferma alla propria tesi secondo cui gli effetti di *abolitio criminis* “parziale” si dovrebbero riconoscere solo limitatamente a queste modifiche normative, conseguendo invece alla riformulazione specializzante – sia per specificazione che per aggiunta – effetti di *abolitio criminis* “totale”).

storica (in quanto non accertati nel giudizio di merito) e l'impossibilità di contestarli ed accertarli nel merito *post rem iudicatam*, non imponeva – come accade oggi – la revoca delle sentenze passate in giudicato (o l'annullamento senza rinvio di quelle pendenti in cassazione), *ma* – al contrario – *impediva* che potesse trovare applicazione il meccanismo revocatorio dell'art. 673 c.p.p.<sup>158</sup>. Non a caso, la critica all'orientamento – oggi prevalente – che limitava i poteri di valutazione del giudice dell'esecuzione agli elementi risultanti dalla sentenza (con esclusione degli elementi desumibili dagli altri atti processuali e ad eventuali integrazioni probatorie) non era mossa da preoccupazioni relative alla eccessiva estensione degli effetti abolitivi, ma dalla considerazione che tale prassi non avrebbe consentito «una reale ricostruzione della vicenda, escludendo irragionevolmente che [potesse] essere revocata una condanna» inflitta per un fatto non più previsto dalle legge come reato<sup>159</sup>.

Se tale approccio risulta oggi senza dubbio inaccettabile alla luce dell'irrobustimento del principio di *abolitio criminis* conseguente al consolidamento del rango costituzionale della retroattività favorevole, non meno inaccettabile risulta tuttavia, anche sul piano costituzionale, il meccanismo processuale che assicura esiti indiscriminati di 'iper-impunità' retroattiva, contrastanti con una concezione della legalità penale rispettosa del principio di uguaglianza, che certo non può trovare una deroga ragionevole e risultare sistematicamente più tollerabile solo perché produttiva di effetti sì arbitrari *ma favorevoli al reo*<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Paradigmatica la giurisprudenza in tema di stupefacenti (sebbene siano riscontrabili anche prese di posizione in senso contrario): cfr., Cass., Sez. I, 2 novembre 1995, Magnani, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1420; Cass., Sez. VI, 10 marzo 1994, Riccardi, in *CED Cass.*, n. 199045; di recente, ancora nello stesso senso, Cass., Sez. I, 5 luglio 2005, Maiello, in *CED Cass.*, n. 232002, secondo cui «va esclusa l'operatività dell'istituto della revoca della sentenza per *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., allorché essa richieda, da parte del giudice dell'esecuzione, non un riscontro meramente ricognitivo dell'intervenuta perdita di efficacia della norma incriminatrice applicata nel giudizio di cognizione, ma una indagine valutativa in ordine alla sussistenza o meno delle condizioni cui è subordinata la produzione dell'effetto abrogativo».

<sup>159</sup> Così AMATO, *Irrilevanza penale*, cit., p. 1656 s.; ID., *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 1994, p. 385; *contra* tuttavia, a riprova della profonda incertezza che caratterizzava – in dottrina quanto in giurisprudenza – tale delicato profilo, cfr. BASSI, *Revocabilità della sentenza*, cit., 203; CHERUBINI, *Il giudice dell'esecuzione*, cit., c. 656.

<sup>160</sup> Sulla *ratio* di legalità e di uguaglianza sostanziale sottesa al giudizio di esecuzione *funzionale* alla revoca della condanna per intervenuta *abolitio criminis*, cfr. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis*, cit., p. 180 s.; VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 194.

### 5.5. *Prospettive di razionalizzazione del sistema di accertamento degli effetti abolitivi*

Da quanto sopra illustrato, emerge come la scelta di mantenere nettamente separati i profili di diritto sostanziale da quelli di diritto processuale, se corretta in linea di principio, può non rispondere adeguatamente al principio di “unitarietà del sistema penale”, la cui funzionalità è legata ad una equilibrata dialettica fra gli istituti del diritto penale e i meccanismi della procedura penale<sup>161</sup>. L’astrazione dei riflessi applicativi di una nuova regola sostanziale – quale è il definitivo riconoscimento dell’*abolitio criminis* “parziale” – rischia di tradursi nella creazione di un sistema disnomico, all’interno del quale la coerenza intrinseca della regola introdotta può tuttavia generare effetti estrinseci di incoerenza sistematica. La concretizzazione di tale rischio, nella tematica della successione di leggi penali nel tempo, rende attualmente l’adeguamento della disciplina processuale a quella sostanziale l’obiettivo su cui concentrare gli sforzi di razionalizzazione interpretativa ed eventualmente legislativa.

In questa prospettiva, in seguito al sopraggiungere di una *abolitio criminis* “parziale” di una fattispecie criminosa, se il fatto già accertato nel merito risultasse *compatibile* con la nuova formulazione tipica occorrerebbe assicurare il contraddittorio sui nuovi elementi specializzanti la cui presenza sia concretamente “ipotizzabile” nella dimensione storica del fatto commesso; si tratta di un accertamento *indispensabile* – *indipendentemente* dalla circostanza che tali elementi possano essere in qualche modo ‘desunti’ dalla sentenza impugnata o dagli atti processuali acquisiti – per evitare che la (‘conferma’ della) responsabilità penale venga a poggiare su profili fattuali in merito ai quali l’imputato non ha *mai* avuto reale interesse a difendersi durante il processo.

(a) L’obiettivo dell’accertamento pienamente rispettoso del diritto di difesa è facilmente conseguibile, già sul piano interpretativo del diritto processuale penale *vigente*, in relazione ai processi pendenti nel giudizio di Cassazione: sarebbe sufficiente aderire all’orientamento giurisprudenziale – oggi, come già illustrato, recessivo – favorevole all’*annullamento* della sentenza impugnata *con rinvio* al giudice di merito funzionale all’accertamento, nel pieno contraddittorio fra le parti, dei ‘nuovi’ elementi tipici idonei fondare il giudizio di continuità normativa; non sembra che un’applicazione sistematica dell’art.

---

<sup>161</sup> Su questi profili, fondamentali, ancora una volta, le osservazioni e gli stimoli che provengono dai recenti saggi di PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 951 ss.; ID., *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 517 ss.

623, lett. b) c.p.p. in questo senso, anche per via di interpretazione analogica, incontri degli sbarramenti ermeneutici insuperabili <sup>162</sup>.

(b) Più problematico è invece l'adeguamento sistematico in relazione ai fatti passati in giudicato: *de lege lata*, l'unica strada percorribile sembra essere quella dell'incidente di esecuzione "giurisdizionalizzato" del nuovo Codice di procedura penale (art. 666 c.p.p.); si potrebbe cioè valorizzare e sviluppare quell'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale – per ora minoritario e assai contrastato <sup>163</sup> – che estende 'al massimo' i poteri cognitivi del giudice ed il contraddittorio probatorio *post rem iudicatam* nell'ottica del provvedimento di revoca ex art. 673 c.p.p.: non si tratterebbe solo di uscire dagli attuali angusti confini della "interpretazione" della sentenza definitiva per allargare la base del giudizio a tutti gli atti processuali già assunti in dibattimento, bensì di consentire, anche alle parti private, una vera "integrazione probatoria" (ex art. 666, comma 5, c.p.p.) limitata ai nuovi elementi fattuali decisivi ai fini della valutazione di perdurante rilevanza penale del fatto <sup>164</sup>.

Una conclusione in tal senso, invero, non incontra rigidi sbarramenti formali nella lettera della normativa processuale <sup>165</sup>, ma anzi trova nel progressivo allargamento giurisprudenziale delle competenze funzionali e dei poteri del giudice dell'esecuzione un'importante sponda interpretativa sul piano sistematico: anche in questo caso – come è avvenuto in merito alla riconosciuta concessione della sospensione condizionale della pena a seguito di revoca per *abolitio criminis* di una condanna in precedenza ostativa alla sua applicazio-

---

<sup>162</sup> In questo senso ALAGNA, *Tipicità e riformulazione*, cit., p. 40 e 147 (nota 446); in senso contrario, invece, GAMBARDILLA, *L'abrogazione*, cit., p. 328, sostenendo, con una rigida interpretazione letterale, che l'annullamento con rinvio presupporrebbe l'avvenuto accertamento di un "fatto diverso" e non una "diversità possibile".

<sup>163</sup> Sui poteri del giudice *post rem iudicatam*, in via di problematica ma progressiva espansione, si veda in particolare, anche per ulteriori riferimenti, GAITO, *Dagli adeguamenti correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 893 ss.; ID., *Poteri d'integrare il merito post rem iudicatam*, cit., p. 1317 ss.; SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis*, cit., p. 177 s.

<sup>164</sup> Per questa soluzione si veda ora specificamente, nella dottrina processualistica, la presa di posizione di VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 203; in generale, sulla possibilità di un'integrazione probatoria nel giudizio di esecuzione, cfr. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 818 ss.

<sup>165</sup> Di questa opinione, invece, larga parte della dottrina (cfr. in termini netti GAMBARDILLA, *L'abrogazione*, cit., p. 351), nonché – come già illustrato *retro* nel testo – la giurisprudenza prevalente, che nega recisamente la possibilità di contestare un "fatto diverso" (quale risulterebbe il fatto originario a seguito della contestazione dei nuovi elementi specializzanti) nel giudizio di esecuzione.

ne <sup>166</sup> – si tratterebbe infatti di una “interpretazione adeguatrice” <sup>167</sup> e di un riconoscimento di strumenti operativi strettamente “funzionali allo scopo” del corretto e razionale esercizio del potere di revoca delle sentenze passate in giudicato, legalmente attribuito al giudice dell’esecuzione in caso di abrogazione della norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.) <sup>168</sup>.

A tale soluzione non osterebbe, d’altra parte, neppure il principio – ormai peraltro ampiamente ‘demitizzato’ – della “intangibilità del giudicato” <sup>169</sup>: la

---

<sup>166</sup> Il problema riguardava la possibilità, fortemente dibattuta, di riconoscere al giudice dell’esecuzione il potere di concessione della sospensione condizionale della pena a seguito di revoca, per intervenuta *abolitio criminis*, di precedenti condanne ostative alla concessione del beneficio: sulla questione si veda per tutti, anticipando i successivi sviluppi giurisprudenziali, PISANI, *Abolitio criminis*, cit., p. 2177 ss.

<sup>167</sup> Sul metodo dell’interpretazione conforme e adeguatrice, si vedano i contributi raccolti in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di D’Amico-Randazzo, Torino, 2009; *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di Sgubbi-Manes, Bologna, 2007; approfonditamente, SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; più in sintesi, ID., *Le dinamiche dell’“interpretazione conforme” tra corte costituzionale e corte di cassazione*, in *Studium iuris*, 2008, p. 284; DE LUCA, *L’interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Giur. it.*, 2009, p. 422 ss.

<sup>168</sup> È sulla base di tali presupposti argomentativi, infatti, che le Sezioni unite della cassazione hanno riconosciuto al giudice dell’esecuzione, in relazione alla tematica della sospensione condizionale, ampi poteri – precedentemente negati – di valutazione nel merito, nonché di integrazione probatoria nel procedimento di esecuzione ex art. 666 c.p.p.; in particolare affermando, proprio in relazione all’art. 673 c.p.p., che tale disposizione «dato il suo ruolo chiaramente strumentale rispetto alla norma di diritto sostanziale di cui al secondo comma dell’art. 2 c.p., implica l’attribuzione al giudice dell’esecuzione del potere di adottare tutte le misure occorrenti per la totale rimozione degli effetti penali della condanna (...) evidenti esigenze di ordine logico, coesistenziali alla razionalità del sistema, inducono a ritenere che, una volta dimostrato che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all’esercizio di quella medesima attribuzione»: così Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, Catanzaro, in *Giur. it.*, 2007, p. 728 ss., con nota di RANALDI, *Un ulteriore passo verso il giudicato aperto: i dilatati poteri del giudice dell’esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*; si veda anche IACOBACCI, *La nuova dimensione del giudicato penale ed i poteri del giudice di “modificare” le statuizioni della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2675 ss.

<sup>169</sup> Si veda ancora, incisivamente, Cass., Sez. un., 20 dicembre 2005, Catanzaro, secondo cui «il principio della immutabilità della cosa giudicata ha perduto valore assoluto, in quanto non rare risultano le previsioni nelle quali la legge processuale riconosce la possibilità di interventi modificativi o integrativi del giudicato ad opera del giudice dell’esecuzione, al quale talora è attribuito il potere di incidere, con la sua pronuncia, sulla statuizioni divenute irrevocabili»; per una puntuale corroborazione di tali affermazioni, cfr. RANALDI, *Un*



ricostruzione del fatto svolta in sede cognitiva, definitivamente cristallizzata nella sentenza passata in giudicato, rimane un 'punto fermo' insindacabile da cui muovere per accertare nel merito ulteriori frammenti fattuali – individuati dai nuovi elementi specializzanti della tipicità – che non hanno mai formato oggetto di imputazione e pertanto non godono della copertura (preclusiva rispetto a successivi accertamenti nel merito) del giudicato già formatosi; né, d'altra parte (ed a conferma di quanto detto), si corre il rischio di creare una sovrapposizione o un conflitto tra decisioni giudiziali che il 'dogma' del giudicato, funzionale ad esigenze di certezza, mira precipuamente ad evitare<sup>170</sup>. Per lo stesso motivo, detto per inciso, non si pone alcun problema di potenziale violazione del principio di *ne bis in idem* processuale<sup>171</sup>, che attiene al divieto di un nuovo giudizio sui medesimi fatti concreti: nel caso *de quo*, al contrario, non solo il nuovo accertamento verterebbe su elementi fattuali (specializzanti) distinti rispetto a quelli già oggetto di giudizio, ma, oltretutto, non si tratterebbe neppure di un procedimento penale nuovo rispetto a quello originario, bensì della sua 'prosecuzione' *extra ordinem* in relazione a profili non specificamente considerati in precedenza.

L'obiettivo di razionalizzazione del "sistema penale intertemporale" potrebbe ritenersi in questo modo sostanzialmente raggiunto: gli effetti abolitivi conseguenti alla riformulazione della fattispecie incriminatrice non sarebbero più funzione delle contingenze processuali, ma deriverebbero *in ogni caso* dal-

---

*ulteriore passo verso il giudicato aperto*, cit., p. 729 ss.; nonché, approfonditamente da ultimo, CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e limiti*, Milano, 2009. Un'ulteriore falla sul muro del giudicato si è aperta in relazione ai rapporti con la giurisprudenza della C.E.D.U.: qualora infatti una decisione della Corte europea accerti che un procedimento penale, conclusosi con sentenza irrevocabile, sia stato svolto in violazione delle regole sul giusto processo garantite dall'art. 6 della Convenzione europea, il diritto ad un nuovo giudizio non può essere negato invocando l'autorità e l'intangibilità del giudicato: cfr. Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in *Giur. it.*, 2007, p. 1227 ss. con nota di GIUNCHEDI, *Ricorso accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dogma del giudicato*; in *Cass. pen.*, 2007, p. 1012, con nota di TAMIETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*; approfonditamente, SCIARABBA, *La 'riapertura' del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 513 ss.

<sup>170</sup> Sottolineano questo profilo BASSI, *Revocabilità della sentenza di condanna*, cit., p. 202; CHERUBINI, *Il giudice dell'esecuzione*, cit., c. 655 s.; ALAGNA, *Tipicità*, cit., p. 43, nota n. 146; da ultimo, chiarissima sul punto VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 196 e p. 204.

<sup>171</sup> Profilo che invece pare adombrato da Cass., Sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, cit.

l'accertamento processuale della possibile sussunzione del fatto nella sfera di tipicità che fonda la continuità normativa rispetto al passato.

Resterebbero ancora, tuttavia, alcune perplessità in merito all'effettiva garanzia così assicurata al rispetto del principio di difesa nella sua più ampia dimensione costituzionale: il procedimento di esecuzione, sebbene giurisdizionalizzato nelle forme dell'art. 666 c.p.p., rimane infatti un rito camerale in cui il contraddittorio – soprattutto quello probatorio – non è assimilabile a quello “pieno” dell'istruttoria dibattimentale<sup>172</sup>; oltre alla considerazione che, in relazione all'accertamento dei nuovi elementi di tipicità del fatto, il condannato/imputato verrebbe ad essere irragionevolmente privato di un grado di giudizio.

In conclusione: l'attribuzione al giudice dell'esecuzione di compiti propri della fase di cognizione del processo, benché attualmente rappresenti la più razionale interpretazione “adeguatrice” del sistema, costituisce tuttavia una oggettiva forzatura rispetto alla funzionalità propria di tale giudizio. La soluzione ottimale sarebbe, pertanto, quella *de lege ferenda*, attraverso la previsione di un ricorso straordinario *ad hoc* o di una nuova causa di revisione finalizzata al puntuale accertamento – nel pieno rispetto delle garanzie costituzionali del giusto processo – dei nuovi elementi fattuali da cui dipende il riconoscimento, nel caso concreto, degli effetti di *abolitio criminis* o di successione modificativa<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> Perplessità manifestate anche da VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 204; cfr. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 811 ss.

<sup>173</sup> Già in passato, la via della revisione era stata proposta in dottrina per superare il limite del giudicato in relazione alla legge sopravvenuta favorevole al reo: cfr. FALCHI, *La legge penale*, Padova, 1942, p. 186; al contrario, come sottolinea VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 206, tale rimedio è oggi esperibile solo *ove ricorrano i tassativi e distinti presupposti normativi della revisione* (ex art. 630 c.p.p.); così infatti Cass., Sez. V, 1 febbraio 2006, Fera, in *CED Cass.*, n. 233850, in merito ad un caso in cui, oltre ai presupposti (di sopravvenuta depenalizzazione) per la revoca della sentenza ex art. 673 c.p., sussistevano anche quelli, fondati su pregressi errori e su nuove prove, per la revisione del processo.